Sicherung einer Forderung unter Verbleib des Sicherungsobjektes im Gewahrsam des Schuldners.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Eddo Thedinga

Rechtskandidat aus Berlin.

ACAD.
LEGD. BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. Die Methode 1
§ 2. Die Übereignung, das zur Erreichung des Sicherungszweckes allein mögliche Mittel 9
§ 3. Der Tatbestand des agere in fraudem legis 12
§ 4. Die Sicherungsübereignung und die Publizitätsvorschrift des § 1205 BGB. 18
§ 5. Die Sicherungsübereignung und das Verbot der sogen. lex commissoria 34
§ 6. Die Sicherungsübereignung und der Einwand der Simulation 42
§ 7. Simulation und falsche Subsumtion 48
§ 8. Die sogen. abstrakte Sicherungsübereignung 53
§ 9. Der sogen. Sicherungskauf in seiner zweckmäßigsten Form 77

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0054

Literaturverzeichnis.

Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Erlanger Diss. 1899.

Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungscession nach gemeinem Rechte und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1903.

Dernburg, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin.

Dernburg, Pfandrecht. Bd. 2. Leipzig 1864.

Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. In Gruchots Beiträgen für die Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 40 S. 238 ff.

Düringer, Zur Lehre vom Sicherungskauf. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908 Nr. 2 S. 97.

Eisele, Über Realkontrakte. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht 1884 Bd. 25 S. 1 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. Aufl. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Marburg 1901.

Fischer, Die Sicherungsübereignung. Leipziger Diss. 1908.

Gerbert, Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. Bonn 1905.

Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der Sicherheitsübereignung. Im Sächs. Archiv für Rechtspflege 1907 2. Jahrg.

Hallbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherungsübereignung. Im Recht Bd. 9 S. 632.

Hellwig im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 64 S. 369 ff.

Herklotz, Die Sicherheitsübereignung von Mobilien. Leipziger Diss. 1903.

Herz, Die Sicherungsübereignung. Heidelberger Diss. 1906.

Jung, Schuldner und Gläubiger bei der Sicherungsübereignung von Mobilien. Leipziger Diss. 1909.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung. 1904.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889.

Linckelmann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 S. 209 ff.

Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung. Göttingen 1906.

Nathan, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Stuttgart 1909.

Seidler, Die Sicherungsübereignung. Jenaer Diss. 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1907.

Wevers, Beitrag zur Lehre vom Sicherungskauf. Erlanger Diss. 1901.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 241 ff.

§ 1.

Zur Begründung eines vertragsmäßigen Pfandrechts an beweglichen Sachen ist nach § 1205 BGB. neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechts erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt.[1]) Hat der Eigentümer nur den mittelbaren Besitz der Sache, so kann er die Übergabe dadurch ersetzen, daß er den mittelbaren Besitz auf den Gläubiger unter Anzeige der Verpfändung an den Besitzer überträgt.[2]) Nach § 1206 BGB. genügt es auch, wenn dem Gläubiger der Mitbesitz eingeräumt wird derart, daß sich die Sache unter gemeinsamem Verschluß des Eigentümers und Gläubigers oder in Verwahrung eines Pfandhalters befindet, d. h. eines Dritten, der die Sache nur gemein-

---

[1]) Besonderes gilt von der Bestellung eines Pfandrechtes an einem in das Schiffsregister eingetragenen (nicht nur eintragungspflichtigen) Schiffe. An die Stelle der Übergabe tritt hier die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister (§§ 1259 ff. BGB.).

[2]) Die Übergabe eines Gutes kann auch erfolgen durch die Übergabe des Lagerscheines, Ladescheines und Konnossements (HGB. §§ 424, 450, 647). Die Aushändigung dieser Papiere ersetzt nicht nur die Übergabe, sondern sie *ist* rechtlich Übergabe in gleicher Weise, wie die Behändigung des einzigen Schlüssels wirkliche Übergabe des verschlossenen Gutes ist.

schaftlich an beide, Eigentümer und Gläubiger, herausgeben darf. Hieraus erhellt, daß dem Gesetz nicht sowohl daran liegt, daß der Gläubiger den Besitz der Pfandsache erhält, als vielmehr, daß sich der Eigentümer der alleinigen freien Innehabung der Pfandsache begibt. Mit Rücksicht hierauf hat man den Besitz des Gläubigers auch als Entziehungsbesitz bezeichnet.[1]) In konsequenter Durchführung dieses Grundsatzes der Publizität ist im § 1253 BGB. bestimmt, daß trotz ausdrücklichen Vorbehalts der Fortdauer des Pfandrechtes dasselbe erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Eigentümer oder Verpfänder zurückgibt.[2])

Durch dieses unbedingte Erfordernis der Besitzentäußerung des Pfandobjektes ist das Pfandrechtsinstitut

---

[1]) Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 343.

[2]) Um das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen, genügt also nicht die Tatsache, daß das Pfand in den Gewahrsam des Verpfänders zurückgelangt, vielmehr muß es diesem vom Pfandgläubiger zurückgegeben werden. Daß dies geschehen sei, dafür spricht nach § 1253 Abs. 2 BGB. eine Vermutung nicht nur, wenn sich das Pfand im Besitze des Verpfänders, sondern auch wenn es sich im Besitze eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechtes vom Verpfänder erlangt hat. Ein Fall, wo der Eigentümer die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt haben kann, ohne daß der Bestand des Pfandrechtes berührt würde, liegt vor, wenn der Eigentümer dem Pfandgläubiger gegenüber zum Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. wird; z. B. tritt dadurch, daß ein Tischler einem anderen Tischler seine Säge verpfändet und bei dem letzteren Gesellendienste annimmt, ein Erlöschen des Pfandrechtes nicht ein.

für den Kreditsuchenden überall da unbrauchbar, wo er nur für sein Fortkommen unentbehrliche Gegenstände sein Eigen nennen darf. Dem dringenden Bedürfnis nach einer Sicherungsmöglichkeit unter Belassung des Sicherungsobjektes im freien Gewahrsam des Schuldners ist der Verkehr durch Schaffung anderer Geschäftsgebilde gerecht geworden. Weisen auch diese Gebilde, da demselben Bedürfnis entsprungen und demselben Zwecke dienend, viele übereinstimmende Merkmale auf, so daß sich ihre Zusammenfassung unter einen einheitlichen Namen, wie Sicherheits- oder Sicherungsübereignung,[1]) aus Zweckmäßigkeitsrücksichten rechtfertigen läßt, so darf man sich durch diese unterschiedslose Bezeichnung doch nicht verleiten lassen, in all den mannigfaltigen, im Verkehr vorkommenden Formen nur Anwendungsfälle eines begrifflich feststehenden Rechtsinstitutes zu erblicken. Wir haben es bei der sogen. Sicherungsübereignung nicht mit einem ausgebildeten Rechtsinstitut, vielmehr mit einem Geschäftstypus zu tun, d. h. mit einem Kreis verschiedenartiger Rechtsgeschäfte, die nur übereinstimmende Merkmale in hinreichender Zahl und Bedeutsamkeit aufweisen, um ihre Vereinigung zu einem alle Einzelfälle umfassenden allgemeineren Begriff zwecks einheitlicher Betrachtung in gewissen Grenzen zweckmäßig erscheinen zu lassen. Aber wohl

---

[1]) Über den Sprachgebrauch vgl. Luetgebrune S. 2 Anm. 1.

verstanden in gewissen Grenzen! Denn die einheitliche Betrachtungsweise darf niemals weiter gehen, als die Übereinstimmung der Merkmale es gestattet. Gerade hierin wird heute viel gesündigt. Der Wunsch, verschiedenartige Fälle unter Hervorhebung mehr oder weniger charakteristischer Merkmale einheitlichen Grundsätzen unterwerfen und so alle Einzelfälle als Repräsentanten desselben Typus darstellen zu können, läßt allzuhäufig vergessen, daß jene Vereinigung, dem Gesetze unbekannt, nur in den Augen des Beschauers besteht, nur der Reflex seiner subjektiven Betrachtungsweise ist. Man denke z. B. an die Konstruktion der fiduziarischen Geschäfte im modernen Rechte. Fälle der verschiedensten Natur[1]) vereinigt man hier, gestützt auf die Gemeinsamkeit einzelner Eigentümlichkeiten, zum Typus der fiduziarischen Geschäfte und unterstellt sie einheitlichen Grundsätzen, ohne der Eigenart des Sonderfalles gerecht zu werden.[2]) Bei der uns hier beschäftigenden

[1]) So zählt man zu den fiduziarischen Geschäften die Sicherungsübereignung, cessio in securitatem, das stille Prokuraindossament, d. h. das Vollgiro zu Inkassozwecken, das Amt des Testamentvollstreckers u. dgl.

[2]) Auch die Sicherungsübereignung hat man, wie bemerkt, den fiduziarischen Geschäften zugerechnet und deren Grundsätzen unterworfen. Mit Recht weist Nathan (S. 42) darauf hin, daß die übrigen fiduziarischen Geschäfte, wie z. B. die Zession behufs Beitreibung einer Forderung, das Vollgiro zu Inkassozwecken, dem Interesse des Fiduzianten dienen, bei der Sicherungsübereignung dagegen ein überwiegendes Interesse des Fiduziars auf dem Spiele

Frage nach der Gesetzmäßigkeit der Sicherungsübereignung ist man in den gleichen Fehler verfallen und hat in einseitiger Betrachtung einzelner typischer Beispiele die Sonderheit des Einzelfalles als belangloses Beiwerk über Bord geworfen.[1]) Gerade hier, wo es sich

---

stehe, und daß dieser Gesichtspunkt bei der Behandlung der Sicherungsübereignung im Rahmen der übrigen fiduziarischen Geschäfte sorgfältig zu berücksichtigen sei. Und ferner S. 43 Anm. 3: „Die Sicherungsübereignung ist zweifelsohne den sogen. fiduziarischen Geschäften zuzuzählen, wenn wir zum artbildenden Merkmale dieser Rechtsgeschäftskategorie die Inkongruenz von juristischen Mitteln und wirtschaftlichem Zweck erheben. Aber die graduelle Verschiedenheit und relative Bedeutungslosigkeit jener Inkongruenz bei der Sicherungsübereignung im Verhältnis zu anderen fiduziarischen Geschäften muß bei der rechtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung Berücksichtigung finden. Vgl. auch Luetgebrune S. 52.

[1]) Luetgebrune, der zwar nicht alle unter dem Namen Sicherungsübereinigung im Verkehr auftauchenden Rechtsgeschäfte, sondern nur einen engeren Kreis unter ihnen als einen bestimmten Vertragstyp, die Sicherungsübereignung im engeren Sinne, begrifflich festzustellen unternommen hat, ist sich offenbar der Gefahr oberflächlicher Verallgemeinerung, der sich ein solcher Versuch aussetzen muß, bewußt; denn in treffenden Worten bringt er selbst den Einwurf, den man seinem Versuche der einheitlichen Begriffsbestimmung der Sicherungsübereignung machen könnte, dahin zum Ausdruck (S. 2), daß diesem die Bestimmtheit der tatsächlichen Unterlage ermangle, daß er eine auf der Beobachtung nur einzelner Fälle fußende Verallgemeinerung bedinge, die mit dem Parteiwillen des konkreten Falles oft kollidieren werde. Luetgebrune glaubt jedoch diesen Einwurf widerlegen zu

um den Lebensnerv dieser Geschäfte, um die Frage nach ihrem Einklang mit dem bestehenden Rechte handelt, müssen wir jede Verallgemeinerung zurückweisen und

---

können mit dem Hinweis darauf, „daß das Erstreben des gleichen materiellen Zweckes auf dem gleichen Wege naturgemäß einen gleichen Willen aller hauptsächlichsten und charakteristischen Rechtsfolgen voraussetzt, so daß man ihn dort, wo eine Lücke in der Erklärung ist, ohne Zwang ergänzen kann; denn der handelnde Nichtjurist will die zur Verwirklichung seines praktischen Zweckes bestmöglichen Mittel des zutreffenden Rechts". Uns erscheint es ein recht bedenkliches Unternehmen, dort, wo die Parteierklärungen Lücken lassen, diese nach dem Vorgange einer Rechtsform ausfüllen zu wollen, die von der Wissenschaft als das zur Erreichung des Sicherungszweckes bestmögliche Mittel befunden ist; denn entweder ist in diesen Fällen ein auf eine erschöpfende Regelung aller Rechtsfolgen gerichteter Parteiwille tatsächlich vorhanden, also selbst lückenlos, nur lückenhaft zum Ausdruck gebracht. Dann erfordert die gewissenhafte Interpretation eine eingehende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles als der zur Erforschung des wahren Parteiwillens maßgeblichsten Erkenntnisquelle. Eine ein für allemal feststehende Rechtsform, weil von der Wissenschaft als die zweckmäßigste erkannt, deswegen bei lückenhafter Erklärung den Parteien als die von ihnen gewollte unterschieben wollen, hieße nicht mehr den Parteiwillen interpretieren, vielmehr einen solchen oktroyieren. Gewiß, die Parteien wollen das zur Erreichung ihres Zweckes bestmögliche Mittel des zutreffenden Rechtes, aber das nach ihrer Ansicht bestmögliche Mittel. Es gilt zu forschen, welches Mittel sie, die Parteien, haben zur Anwendung kommen lassen wollen, und ergibt sich dann, daß sie einen Fehlgriff getan haben, so hieße es bei der Interpretation den Wunsch, nämlich den Par-

der trotz Übereinstimmung in manchen Beziehungen nicht von der Hand zu weisenden Vielgestaltigkeit der Fälle in der gewissenhaftesten Weise Rechnung tragen. Aber wie läßt sich das erreichen? Alle in der Praxis bis heute ausgebildeten Formen einer Kritik unterziehen, um dann, wenn möglich, unsere an den Einzelfällen gewonnenen Erfahrungen in einem Resümee zusammenfassen, hieße eine endlose, gänzlich unfruchtbare Kasuistik treiben. Der schöpferische Verkehr bringt stets neue Formen hervor, und kaum daß unsere Arbeit beendet, würde er unserer Mühe spotten und unsere auf die Beobachtung von 99 Fällen gestützte, sei es nun auf Gesetzmäßigkeit oder Ungesetzmäßigkeit lautende Entscheidung durch

---

teien zu helfen, zum Vater des Gedankens machen, wollte man das als Fehlgriff erkannte, von den Parteien beabsichtigte Mittel durch ein wissenschaftlich erprobtes ersetzen. Es hieße die Aufgabe eines Richters mit der eines Anwalts vertauschen. — Oder aber der Parteiwille selbst, nicht nur seine Kundgebung ist lückenhaft, die Parteien haben z. B. der Regelung bedürftige Punkte zu regeln vergessen. In diesen Fällen hilft der Gesetzgeber durch das Mittel von Dispositivvorschriften, durch welche die fraglichen Punkte in einer dem Gesetzgeber am zweckmäßigsten erschienenen Weise geregelt werden. Sie treten an die Stelle eines fehlenden Willens als objektiv Richtiges. Was aber als objektiv Richtiges gelten soll, das zwingend zu bestimmen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten, die Wissenschaft kann ihm hierin nur de lege ferenda behilflich sein. Eine von ihr als die zweckmäßigste erkannte Regelung bei fehlendem Parteiwillen zur Anwendung bringen wollen, hieße die Aufgabe eines Richters mit der eines Gesetzgebers vertauschen.

Hinzufügung eines hundertsten Falles wieder in Frage stellen können.

Wir halten es daher nicht für ratsam, der Praxis fertig ausgebildete Formen zu entlehnen und an ihnen die Frage nach der Gesetzmäßigkeit der Sicherungsübereignung zu lösen; entweder würden wir uns bei Betrachtung nur einzelner typischer Beispiele dem Vorwurf oberflächlicher Verallgemeinerung aussetzen oder, falls wir der Gründlichkeit zuliebe alle Einzelfälle berücksichtigen wollten, Gefahr laufen, ein unfruchtbares, stets neue Arbeit erheischendes Danaidenwerk zu leisten. Um in unserer Abhandlung zu einer einwandfreien Entscheidung zu gelangen, halten wir es für notwendig, die Rolle eines kritikübenden Richters mit der eines beratenden Anwalts zu vertauschen, nicht zu fragen: „Ist der von den Parteien in diesem oder jenem Falle eingeschlagene Weg gesetzmäßig oder nicht?“ vielmehr: „Welchen Weg können wir die Parteien führen, wie kann ihnen geholfen werden?“ Wenn auch durch die Kenntnis der einschlägigen Literatur und der in der Judikatur gehandhabten Grundsätze befangen, wollen wir dennoch versuchen, in möglichst selbständiger Weise ohne Rücksicht auf die in der Praxis ausgebildeten Formen die Antwort auf unsere Frage zu finden: „Wie läßt sich eine der pfandrechtlichen möglichst nahekommende Sicherung einer Forderung erreichen, ohne daß der Schuldner zum Verzicht auf die freie Innehabung des Sicherungsobjektes gezwungen wäre?“ Anstatt einen

fertigen Bau auf die Stabilität seiner Konstruktion hin zu prüfen, wollen wir selbst Hand anlegen, vom Grundstein bis hinauf zum Giebel den Bau selbst aufführen, gewissenhaft auf alle Schwierigkeiten achtend, die sich uns hierbei in den Weg stellen könnten. Nur so werden wir in einwandfreier Weise feststellen können, ob der Bau und wie er am besten hält.

§ 2.

Der Tischler Huber schuldet dem Rentner Kluge aus einem Darlehn die Summe von 100 Mk. Kluge droht das Darlehn zu kündigen, falls ihm von Huber nicht dingliche Sicherheit für seine Forderung geboten wird. Unter den Vermögensstücken Hubers ist nur eine Hobelbank geeignet, für eine Kreditgewährung hinreichende Sicherheit zu bieten. Da das Gesetz zur Begründung eines Pfandrechtes die Besitzentäußerung des Pfandobjektes verlangt, die Hobelbank[1]) aber für den Tischlereibetrieb Hubers unentbehrlich ist, ist den Parteien der Weg der Verpfändung verschlossen.

Es gilt nun einen Modus zu finden, bei welchem durch das Mittel des in der Hobelbank ruhenden Vermögenswertes die Darlehnsforderung Kluges gesichert wird, ohne daß Huber zur Fortgabe der Hobelbank ge-

[1]) Ein dem § 811 Nr. 5 ZPO. entsprechendes Hindernis steht natürlich der Bestellung eines vertragsmäßigen Pfandrechtes an der Hobelbank nicht entgegen.

zwungen wäre. Allerdings wird sich eine der pfandrechtlichen gleiche Sicherheit insofern nie erreichen lassen, als gerade der beabsichtigte Verbleib der Hobelbank im Gewahrsam Hubers infolge der weitherzigen Behandlung, die der gutgläubige Eigentumserwerb an beweglichen Sachen im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, die Gefahr einer Veräußerung derselben an einen Dritten unvermeidlicherweise in sich birgt. Unter diesem Gesichtspunkte glauben wir von vornherein alle die Fälle als für den Sicherungszweck ungeeignet ausschalten zu müssen, die Kluge im Falle unpünktlicher Zahlung nur einen obligatorischen Anspruch auf Übereignung der Hobelbank oder deren Herausgabe zwecks Verkauf gewähren; denn da ein ius ad rem nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Wirkungen nur zwischen den Parteien, nicht aber gegen Dritte äußert, auch wenn diese im schlechten Glauben sind,[1]) wäre Kluge in solchem

[1]) Dieser Grundsatz des BGB. ist zwingenden Rechtes: denn wollten die Parteien dem in jedem ius ad rem implicite enthaltenen Verbote an den Schuldner, die Sache anderweitig nicht zu veräußern, dadurch absolute Wirkung verleihen, daß sie durch vertragliche Vereinbarungen die Verfügungsbefugnis des Schuldners über die Sache auszuschließen versuchten, so wären diese Verabredungen nichtig gemäß § 137 BGB., wonach die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Anders im ALR. I, 10 § 25, I, 19 § 5, welches einem ius ad rem wenigstens schlechtgläubigen Erwerbern entgegenstehender Rechte gegenüber dingliche Wirkung verlieh.

Falle einzig und allein auf die Redlichkeit Hubers verwiesen. Vielmehr kann, um dem Sicherungszwecke in ernsthafter Weise gerecht zu werden, nur eine solche Geschäftsform in Betracht kommen, in Erfolg derer Kluge ein dinglicher, also wenigstens gegen schlechtgläubige Dritte wirksamer Herausgabeanspruch bezüglich der Hobelbank gewährleistet ist. Unter diesem Gesichtspunkte stellt sich uns die Übereignung der Hobelbank an Kluge als eine zur Verwirklichung des Sicherungszweckes unabweisbare Notwendigkeit dar, um so mehr, als in diesem Falle die ja noch immer bestehende Gefahr einer wirksamen Veräußerung der Hobelbank an gutgläubige Dritte durch die Strafdrohung des § 246 StGB. (Unterschlagung) wenn auch nicht beseitigt, so doch wesentlich gemindert wäre. Diese letztere trifft allerdings bei der suspensiv bedingten Übereignung nicht zu, weshalb wir auch sie als für den Sicherungszweck untauglich ablehnen müssen. Der Verbleib der Hobelbank im Gewahrsam Hubers steht einer Übereignung nicht im Wege; denn bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen kann nach § 930 BGB. anders als bei der Pfandbestellung die Übergabe durch constitutum possessorium ersetzt werden, d. h. durch die Vereinbarung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erhält. Es ist also ein abstraktes constitutum possessorium als gültiges Traditionssurrogat nicht anerkannt, d. h. es genügt nicht die bloße Vereinbarung zwischen den Par-

teien, daß Huber nunmehr die Hobelbank für Kluge besitzen wolle, vielmehr muß der weitere Verbleib derselben in Hubers Gewahrsam in der Vereinbarung eines konkreten Rechtsverhältnisses seine Begründung finden.[1]) Je nachdem die Gebrauchsüberlassung an der Hobelbank entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen soll, werden die Parteien ein Mietverhältnis oder eine Leihe vereinbaren.[2])

§ 3.

Hat uns so die Rücksicht auf die Sicherheit des Gläubigers in großen Umrissen das zur Erreichung des Sicherungszweckes allein mögliche Mittel, die Übereignung, gewiesen, mit dessen weiterer Ausgestaltung wir uns ferner zu beschäftigen haben werden, so tritt uns doch schon hier eine Schwierigkeit entgegen, die es erst zu lösen gilt, bevor wir einen weiteren Schritt in der eingeschlagenen Richtung wagen dürfen.

---

[1]) vgl. Nathan S. 51; Fischer S. 46; Herklotz S. 21 ff.; Jung S. 20/21, der in Übereinstimmung mit Zeiler (S. 850) mit Recht hervorhebt, daß die Vereinbarung eines solchen Rechtsverhältnisses keine ausdrückliche zu sein braucht, häufig vielmehr als stillschweigend getroffen anzusehen ist.

[2]) Die Parteien können natürlich auch ein anderes Rechtsverhältnis wählen, vermöge dessen der Erwerber (Kluge) den mittelbaren Besitz erlangt, z. B. Nießbrauch, Pacht, Verwahrung, oder ein ähnliches Verhältnis, kraft dessen Huber dem Erwerber Kluge gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (vgl. § 868 BGB.); vgl. Luetgebrune S. 10 ff.; Jung S. 20 ff.

Wenn das Gesetz im § 1205 BGB. bestimmt, daß zur Begründung eines vertragsmäßigen Pfandrechtes die Übergabe der Pfandsache erforderlich sei, die Parteien aber just in der ausgesprochenen Absicht, dem Schuldner den weiteren Besitz des Sicherungsobjektes zu belassen, den normalerweise im Wege der Verpfändung zu verwirklichenden Sicherungszweck auf andere Weise zu erreichen suchen, fällt dann nicht ihre Handlungsweise unter den Gesichtspunkt des agere in fraudem legis, so daß das von ihnen getätigte Geschäft, welche speziellere Gestaltung es auch fernerhin annehmen möge, von vornherein schon als aus diesem Grunde nichtig anzusprechen wäre?

Da der Begriff des agere in fraudem legis selbst bestritten ist, wollen wir uns zuerst über ihn in seiner Abgrenzung gegen den des agere contra legem klar zu werden suchen. Seine Ausbildung hat er im römischen Rechte gefunden; die Digesten[1]) geben uns folgende Definition: contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Hiernach gilt als in fraudem legis abgeschlossen jedes Rechtsgeschäft, das, ohne dem Wortlaut des Gesetzes Abbruch zu tun, den Sinn und Zweck desselben vereitelt. Daß ein solches Umgehungsgeschäft seiner rechtlichen Bedeutung nach dem contra legem gerichteten völlig gleich steht, ist bereits im

---

[1]) l. 29 D. de leg. 1, 3.

Codex[1]) ausgesprochen: Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus legis nititur voluntatem. Dieser Ausspruch hat, wie auch seine Fassung in zweifelsfreier Weise erkennen läßt, nur enuntiative Bedeutung, er bringt nur die schon nach dem damaligen Rechtsbewußtsein selbstverständliche Tatsache zum Ausdruck, daß jedes in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft auch contra legem gerichtet ist; es beruht auf irrtümlicher Anschauung, diesen und ähnlichen Quellenaussprüchen konstitutive Wirkung beimessen zu wollen, wie es z. B. Gerbert[2]) tut, der behauptet, daß die Umgehungsgeschäfte in ihnen den contra legem gerichteten ausdrücklich gleichgestellt worden seien. Nicht um eine etwa auf einer Fiktion beruhende Identifizierung beider Geschäftsarten, sondern um eine einwandfreie Feststellung ihrer natürlichen Identität handelt es sich in den angezogenen Quellenstellen. Diese Identität ist eine selbstverständliche, daher keines Ausspruchs bedürftige, vom Bürgerlichen Gesetzbuch mithin keines Ausspruchs gewürdigte Folge sinngemäßer Interpretation, bei welcher für die Feststellung des Inhalts und des Wirkungskreises einer Rechtsnorm nicht allein der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks maßgebend ist, sondern auch die ratio sive sententia legis, also der vom Gesetzgeber bei der Normierung verfolgte Zweckgedanke ge-

---

[1]) C. 1. 14, 5 pr.

[2]) Gerbert S. 34.

bührende Würdigung findet.[1]) Von dem Umgehungsgeschäfte als einem besonders gearteten Geschäfte kann füglich nur die Rede sein in einer Rechtsepoche, die noch unter dem Regime oder doch den Nachwehen eines blinden Buchstabenkultus steht, und nur hier würde es Sinn und Verstand haben, eine ausdrückliche Regel aufzustellen des Inhalts, daß das in fraudem legis abgeschlossene dem contra legem gerichteten Rechtsgeschäfte gleichzustellen sei. Hat aber einmal erst die Buchstabeninterpretation der logischen, der ratio legis nachspürenden Auslegung das Feld geräumt, dann verschwindet das Umgehungsgeschäft als selbständiger Faktor von der Bildfläche, um in den Kreis der contra legem getätigten Geschäfte einzutreten. Wir stimmen mit Herz[2]) überein, wenn er sagt: „Wir kommen mit den Begriffen agere contra legem und secundum legem aus; was nicht secundum legem geschieht, ist contra legem, tertium non datur; denn schließlich ist das agere in fraudem legis nichts weiter als eine Abart des agere contra legem".[3])

---

[1]) Spricht daher das BGB. im § 134 die grundsätzliche Nichtigkeit der gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfte aus, so ist es nach den Grundsätzen moderner Interpretation überflüssig, diese Regel ausdrücklich auf die in fraudem legis abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auszudehnen. Vgl. Gerbert S. 35; Linckelmann S. 219; Hellwig S. 371; Leist S. 88.

[2]) Herz S. 25.

[3]) vgl. auch Linckelmann sub Ziff. 2; Nathan S. 40 Anm. 24: „Die Kategorie der in fraudem legis abgeschlossenen

Wenn heute gleichwohl allenthalben noch von in fraudem legis abgeschlossenen Rechtsgeschäften gesprochen wird, so ist es ein in rechtlicher Beziehung völlig unbeachtliches Moment, das Veranlassung gibt, die in fraudem legis abgeschlossenen als eine besondere Art unter den contra legem gerichteten Geschäften hervorzuheben. Ein Rechtsgeschäft, das sich erst auf Grund extensiver Interpretation des Gesetzestextes als gegen das Gesetz verstoßend, also als contra legem gerichtet erweist, nennen wir in fraudem legis abgeschlossen dann, wenn sich die Parteien den vom Gesetzgeber für den Zweck des Gesetzes zu eng gefaßten Ausdruck geflissentlich zunutze gemacht haben, um durch enge Anlehnung an die Gesetzesworte den Verstoß des von ihnen getätigten Geschäftes gegen den Sinn des Gesetzes in Frage zu stellen. Wir glauben also, daß die Umgehungsabsicht der Parteien das für den Begriff des agere in fraudem legis gegenüber dem des agere contra legem ausschlaggebende Kriterium sei.[1])

Geschäfte als besondere juristische Denkform ist bei unserer modernen Gesetzesauslegung entbehrlich. Denn wir dürfen für die letztere . . . als charakteristisch die logische Erforschung des Geistes, der ratio des Gesetzes, bezeichnen . . . Die Verbotswirkung eines verbietenden Gesetzes erstreckt sich daher unmittelbar auf die Umgehungsgeschäfte; man kommt daher mit der Kategorie der contra legem abgeschlossenen Geschäfte vollständig aus.

[1]) Ähnlich Wevers (S. 18). Er erklärt das in fraudem legis agere als eine „verdeckte Gesetzesverletzung", d. h. als eine nicht sofort offenbare, sondern erst mittels ausdehnender Interpretation des verletzten Gesetzes zutage tretende Gesetzesver-

Wir bekämpfen aber die Theorie, die in dem Vorhandensein einer Umgehungsabsicht ein Moment von rechtlicher Bedeutung erblickt, derart, daß das von den Parteien in Umgehungsabsicht getätigte Geschäft auch dann nichtig wäre, wenn es sich wider Erwarten als secundum legem erweisen sollte. Wir betonen noch einmal, daß ein rechtlicher Unterschied zwischen einem in fraudem legis und contra legem abgeschlossenen Rechtsgeschäft überhaupt nicht besteht. Das sie unterscheidende Merkmal der Umgehungsabsicht ist von nur psychologischer Bedeutung. Maßgebend ist nur, ob der objektive Tatbestand des Rechtsgeschäftes contra legem gerichtet ist oder nicht; der subjektive Tatbestand der Umgehungsabsicht bedeutet ein für die rechtliche Behandlung des Rechtsgeschäftes unbeachtliches Parteigebaren.

letzung . . ., wenn durch Parteiwillen ein Zustand geschaffen wird, der zu einer Vereitelung der ratio legis die Hand bieten könnte. Herz (S. 25) sieht dagegen das unterscheidende Merkmal in der Art der jeweils verletzten Norm. Bei den Gesetzen, welche die Grundlage für den Tatbestand des agere in fraudem legis bildeten, sei der Wille des Gesetzgebers nicht so leicht zu erkennen, es bedürfe des genaueren Zusehens, ehe man erkennt, daß es sich um ein Verbotsgesetz handelt, da das Verbot nur implicite in den Gesetzesworten enthalten sei, während beim Tatbestand des agere contra legem das Gesetz das Verbot unzweideutig zum Ausdruck bringe. — Diese Darlegungen laufen schließlich darauf hinaus, daß die Parteien auch unbewußt in fraudem legis handeln könnten, was unserer Ansicht nach eine contradictio in adiecto ist. Der Begriff des agere in fraudem legis setzt das Vorhandensein einer Umgehungsabsicht voraus.

§ 4.

Nach unseren obigen Ausführungen erübrigt es sich, in unserem Falle zu prüfen, ob Huber und Kluge das im § 1205 BGB. statuierte Übergabeerfordernis haben umgehen wollen oder sich durch andere Gesichtspunkte zum Abschluß ihres Sicherungsgeschäftes haben bestimmen lassen. Zu erwägen ist nur, ob nicht objektiv betrachtet das von den Parteien, gleich in welcher Absicht, getätigte Geschäft sich als contra legem gerichtet erweist. Mit anderen Worten: Wenn das Gesetz im § 1205 BGB. bestimmt, daß zur Bestellung eines vertragsmäßigen Pfandrechtes die Übergabe des Pfandes erforderlich sei, ist nicht hieraus im Wege extensiver Interpretation die allgemeine Regel des Inhalts zu entnehmen, daß in allen Fällen, die die Sicherung einer Forderung durch das Mittel eines konkreten Vermögensstückes zu verwirklichen suchen, dessen Ausantwortung an den Gläubiger erfolgen müsse? Die Berechtigung, die formell nur auf das Pfandrecht bezüglichen Bestimmungen des § 1205 BGB. in diesem Sinne zu verallgemeinern, sieht die sogen. Theorie vom wirtschaftlichen Zweckverbot in der ihrer Ansicht nach erwiesenen Tatsache, daß jene Bestimmungen ein Verbot, das sogen. Verbot der Mobiliarhypothek, enthielten. Wie nun Verbote in der Regel nicht nur juristische, sondern auch wirtschaftliche Zwecke verfolgten, so sei auch dieses Verbot der Mobiliarhypothek ein wirtschaftliches Zweck-

verbot und richte sich als solches gegen die aus dem Verbleib der Pfandsachen im Gewahrsam des Schuldners resultierende Unübersichtlichkeit der schuldnerischen Vermögensverhältnisse. Zu diesem mißbilligten wirtschaftlichen Verhältnis führten nun aber alle Sicherungsgeschäfte, die dem Schuldner den weiteren Besitz der Sachen beließen; der Gesetzgeber habe daher, indem er nur das Pfandrecht als den zur Verwirklichung des Sicherungszweckes gebräuchlichsten Weg geregelt habe, jene Fälle mittreffen wollen. Diese seien daher als contra legem gerichtet nichtig.

Auch wir nehmen an, daß der Gesetzgeber bei der Normierung des Übergabeerfordernisses wirtschaftliche Zwecke im Auge gehabt habe, glauben jedoch, daß der Charakter der betreffenden Norm als einer (zwingend) gebietenden oder verbietenden ein für diese Annahme gleichgültiges Moment ist, da wir einen sachlichen Unterschied zwischen Verbot und zwingendem Gebot nicht zu erkennen vermögen. Das Gesetz stellt im § 1205 BGB. in zwingender Weise die zu einer Pfandbestellung notwendigen Voraussetzungen fest. Wie man nun zwischen einem zwingenden Gebote des Inhalts: „Du erreichst den Erfolg nur, wenn du die Sache übergibst“ und einem Verbote des Inhalts: „Du darfst die Sache im schuldnerischen Gewahrsam nicht belassen, sonst (§ 134 BGB.) erreichst du den Erfolg nicht“ einen anderen Unterschied meint feststellen zu können als den der positiven und negativen Fassung, in der derselbe

Gesetzesbefehl zum Ausdruck gebracht ist, ist nicht einzusehen. Jedes zwingende Gebot, d. h. jede Norm, die in einer rechtsgeschäftlicher Vereinbarung entzogenen Weise die zur Erreichung eines Erfolges allein möglichen Mittel angibt, enthält implicite ein Verbot, indem es allen jenes Gebot nicht achtenden Bestrebungen seine Anerkennung versagt, und jedes sogen. Verbot, das uns den einen Weg versperrt, weist uns gleichzeitig gebieterisch den rechten Weg, der uns allein zum Ziele führen kann. Die äußere Fassung einer Norm hat nur gesetzestechnische Bedeutung insofern, als die verbietende Form mangels ausdrücklichen Vorbehalts (§ 134 BGB.) den betreffenden Rechtssatz stets als zwingenden charakterisiert, bei gebietender Form es dagegen erst Sache der Auslegung ist, die zwingende Natur des Rechtssatzes festzustellen.[1])

Jene Theorie vom wirtschaftlichen Zweckverbot läuft also darauf hinaus, allein in der äußeren, positiven oder negativen Fassung einer Norm einen Anhaltspunkt dafür zu finden, ob der Gesetzgeber einen wirtschaftlichen Erfolg habe bekämpfen wollen oder nicht. Warum nun aber der Gesetzgeber, wenn er wirtschaftlichen Unzuträglichkeiten entgegentreten will, nicht zu dem nächstliegenden Mittel greifen sollte, nämlich die Entstehungsvoraussetzungen des Pfandrechtes so zu regeln, daß jene

[1]) Häufig ergibt sich dieselbe schon aus der Ausdrucksweise des Gesetzes („muß", „eine entgegenstehende Abrede ist nichtig").

Unzuträglichkeiten nicht eintreten können, vielmehr zu diesem Zwecke seinen Gesetzesbefehl negativ, also in die Form eines sogen. Verbotes fassen müßte, einen Grund hierfür anzugeben, ist uns jene Theorie schuldig geblieben.[1])

Also der Umstand, daß das Erfordernis einer Übergabe der Pfandsache im Bürgerlichen Gesetzbuche äußerlich in das Gewand einer Gebotsnorm gekleidet ist, steht bei der zwingenden Natur derselben der Annahme, daß der Gesetzgeber einen wirtschaftlichen Erfolg habe reprobieren wollen, nicht entgegen. Die Erkenntnis nun, was die ratio legis sein mag, wollen wir möglichst aus dem Gesetze selbst zu schöpfen suchen; hier gleich, wie es nur leider allzuhäufig geschieht, die Motive zur Hand nehmen wollen, hieße ähnlich verfahren wie ein Schüler, der von seinem Nachbarn des Exempels Lösung abschreibt und dann, um dieselbe als aus eigener Arbeit gewonnen ausweisen zu können, das Exempel sozusagen rückwärts rechnet. Die Motive sollen uns nur eine Stich-

[1]) Hätte sich das BGB. in einer ausdrücklichen Verbotsnorm gegen die Mobiliarhypothek gerichtet, so würde das im Widerspruche stehen mit dem Charakter des BGB. als einer Kodifikation. Als solche tritt es für die seiner Regelung unterliegenden Rechtsgebiete an die Stelle des früheren Rechts, das damit eo ipso außer Kraft tritt und nur noch rechtsgeschichtliche Bedeutung hat. Die Bezugnahme auf die in einer früheren Epoche gültige Mobiliarhypothek durch ein ausdrückliches Verbot derselben wäre eine zur Aufnahme in ein Gesetzbuch ungeeignete geschichtliche Reminiszenz.

probe auf unsere Rechnung sein, nicht aber uns der Rechenarbeit entheben. Für die Interpretation maßgebend ist allein der Gesetzestext: „Die Gesetzesmaterialien sind nicht authentische Kundgebungen des sogen. Willens des Gesetzgebers; und selbst wenn sie es wären, ist der Gesetzesinhalt doch unabhängig von dem, was der Gesetzgeber damit beabsichtigt hat . . . Die einzige Kundgebung des gesetzgeberischen Willens ist der vom Bundesrat und Reichstag vereinbarte Gesetzestext".[1])

Das Nächstliegende wäre, anzunehmen, daß die Rücksicht auf den Gläubigerschutz Veranlassung gegeben hätte, dem Schuldner den Besitz des Pfandes zu entziehen; denn da der gute Glaube des Erwerbers beweglicher Sachen nicht nur das Eigentum (§§ 932 ff. BGB.), sondern auch die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte Dritter (§ 936 BGB.) zum Erlöschen bringen kann, so wäre der Schutz des Gläubigers bei Verbleib der Sachen im Gewahrsam des Schuldners ein zumal bei dem Fehlen strafrechtlicher Vorschriften durchaus unzureichender gewesen.[2]) Um den Gläubigerschutz

[1]) Endemann, BGB. Bd. 1 S. 42.

[2]) Wenn Nathan (S. 37) meint, daß die Rücksicht auf das Interesse des Gläubigers für Normierung des Übergabeerfordernisses deswegen nicht habe maßgebend sein können, weil auch bei Zulassung der Mobiliarhypothek, wenn ein überwiegendes Interesse des Gläubigers im Einzelfalle dessen Besitzinnehabung gefordert hätte, einer entsprechenden Regelung des Besitzmomentes durch die Parteien selbst nichts im Wege gestanden hätte, so ist zu erwidern, daß in den Fällen, wo der Gläubiger nur noch Real-

wirksamer zu gestalten, gab es theoretisch allerdings neben dem Übergabeerfordernis noch eine zweite Möglichkeit, nämlich die Vorschriften über den guten Glauben zugunsten an der Sache bestehender Pfandrechte Dritter zu durchbrechen. Praktisch ausführbar war dieser Weg aber wohl kaum; denn hiermit hätte man in den vom Bürgerlichen Gesetzbuche in konsequenter Weise durchgeführten, modernen Anschauungen entsprechenden deutschrechtlichen Grundsatz der Berücksichtigung des guten Glaubens eine recht bedenkliche, durch die bloße Rücksicht auf den Schutz des Pfandgläubigers jedenfalls nicht zu rechtfertigende Bresche geschlagen. Als wirklich gangbar erwies sich nur der andere Weg, und es blieb dem Gesetzgeber, sollte das Pfandrecht seinem Zwecke genügen, nichts anderes übrig, als die Entstehung des Pfandrechtes von erfolgter Übergabe der Pfandsache abhängig zu machen. Wo aber der Gesetzgeber, wie hier, schon durch die Rücksicht auf das Parteiinteresse ein Rechtsverhältnis in einer bestimmten Weise zu regeln gezwungen ist, da darf man aus dieser Regelung nicht noch andere Zweckbestrebungen des Gesetzgebers herleiten wollen, die gleichfalls in ihr zum Ausdruck kommen könnten; denn will man die

---

kredit gewähren zu können glaubt, stets das Interesse des Gläubigers die Übergabe des Pfandes erheischt. Ein Gesetz kann ein Institut aber nicht in einer Weise regeln, daß es sich erst in allen Fällen als durch Parteivereinbarung ergänzungsbedürftig erweist, um brauchbar zu sein.

Auslegung des Gesetzes in den Dienst seiner Anwendung stellen, so darf man als ratio legis ausweisen nicht was sich als möglich, sondern nur was sich als zwingend ergibt. Wie aber jede Handlung einen zwingenden Rückschluß auf das Vorhandensein eines bestimmt gearteten Willens nur dann zuläßt, wenn sie der Akt gänzlich freier Willensbestimmung ist, so hat auch die bestimmte Regelung eines Rechtsinstitutes für die Interpretation jeden weiteren Wert verloren, sobald sie sich schon als durch Parteirücksichten in ihrer Art bedingt und somit freier gesetzgeberischer Gestaltung entzogen erweist.

Wir werden untersuchen müssen, ob sich nicht in anderen pfandrechtlichen Bestimmungen Anhaltspunkte dafür finden lassen, daß der Gläubigerschutz für die Normierung eines reinen Faustpfandes nicht oder doch nicht allein maßgebend gewesen ist. Nach § 931 BGB. kann bei der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der im Besitz eines Dritten befindlichen Sache abtritt. Mit dieser Abtretung ist der Eigentumsübergang vollzogen, einer Anzeige an den Besitzer bedarf es nicht. Hiernach findet die Übergabe einer Sache in der Abtretung des Herausgabeanspruches einen vollwertigen Ersatz. Abs. 2 § 1205 BGB. bestimmt dagegen, daß die Übergabe der Pfandsache nicht durch die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs, sondern nur durch

diese unter hinzukommender Anzeige der Verpfändung an den Besitzer ersetzt werden könne. Folglich muß hier im Gegensatz zur Übereignung bei der Normierung des Übergabeerfordernisses noch ein besonderes Moment mitgewirkt haben, das dem Gesetzgeber Veranlassung gab, bei der Regelung des Übergabeersatzes dem Verpfänder eine besondere Verpfändungsanzeige zur Pflicht zu machen. Aus dieser Anzeigepflicht läßt sich unschwer der Wille des Gesetzgebers entnehmen, die Pfandbestellung nach außen hin möglichst erkennbar zu machen. Läßt sich schon die Belastung einer Sache mit einem vertragsmäßigen [1]) Pfandrechte an der Sache selbst nicht erkennen, so soll doch wenigstens derjenige, der die Sache in seinem — unmittelbaren — Besitze hat, über das Bestehen solcher Pfandrechte Aufschluß zu geben in der Lage sein.

Dieses Bestreben des Gesetzgebers nach Erkennbarmachung des Pfandrechts nach außen muß also auch bei der Normierung des Übergabeerfordernisses mitgewirkt haben. Durch die Übergabe der Sache soll deren Belastung mit einem Pfandrechte in gleicher Weise erkennbar gemacht werden wie die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek durch deren Eintragung in das Grundbuch. Es ist also ein öffentliches

[1]) Anders bei einem Pfändungspfandrechte, das, soweit die Sachen im Gewahrsam des Schuldners verbleiben, durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise kenntlich zu machen ist (§ 808 ZPO.).

Verkehrsinteresse, das der Gesetzgeber durch die Normierung des Übergabeerfordernisses hat schützen wollen, und wir können Nathan[1]) nur beistimmen, wenn er sagt, daß sich dieser Schutz nicht an den Namen des Pfandrechts festklammere, sondern bei Wiederkehr einer der Interessengestaltung beim Pfandrecht analogen Interessenlage in anderem juristischen Gewande in entsprechender Weise eintreten müsse. Hieraus aber wie Nathan als selbstverständlich folgern zu wollen, daß die Sicherung durch Übereignung mittels constitutum possessorium, weil nicht in äußerlich erkennbarer Weise hervortretend, unwirksam sein müsse, erscheint uns doch ein etwas kühner Sprung. Wir halten jedenfalls die Sache für diskutabel, um so mehr, als wir der Argumentation Nathans keine allzu große Beweiskraft beizumessen vermögen; denn Nathan glaubt seine Behauptung hinreichend gestützt durch den Nachweis, daß die Gesichtspunkte, welche die Motive für die Normierung des Übergabeerfordernisses beim Pfandrecht geltend machen, in gleicher Weise auch bei der Sicherungsübereignung zuträfen, und daß andererseits die gelegentlich der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch zugunsten des constitutum possessorium bei der Sicherungsübereignung im Gegensatz zum Pfandrecht angeführten Gründe nicht stichhaltig wären. Ebensowenig wie der sogen. Motivenkultus, d. h. die mißbräuchliche Benutzung von Motiven, bei der man, anstatt

[1]) Nathan S. 35.

in selbständiger erkenntnistheoretischer Arbeit der ratio legis nachzuspüren, die Gründe der Motive kritiklos zu den seinen macht, ist der gleichfalls auf eine Überschätzung der Motive hinauslaufende, hier von Nathan vertretene Standpunkt zu billigen, welcher eine Auslegungsfrage schon dann in seinem Sinne für entschieden betrachtet, wenn sich die entgegengesetzten Gründe der Motive als nicht stichhaltig erweisen. Will man dartun, daß die Publizitätsvorschrift des § 1205 BGB. auch auf die Sicherungsübereignung Anwendung finden müsse, so genügt es nicht, gegen die Motive zu polemisieren, vor allem gilt es die Bedenken zu beseitigen, die sich bei unbefangener Betrachtung des Gesetzes aus diesem selbst ergeben. Das ist gewiß: Wenn uns bei der Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium eine der durch die pfandrechtliche Publizitätsvorschrift geschützten analoge Interessenlage in nur anderem juristischen Gewande entgegentritt, dann muß jene pfandrechtliche Schutzvorschrift auch bei ihr Platz greifen. Darüber aber, ob bei der Sicherungsübereignung wirklich nur das juristische Gewand ein anderes wie beim Pfandrecht, die Sachlage selbst aber eine der pfandrechtlichen analoge sei, ein Urteil fällen wollen, ohne zunächst einmal die Art der Interessenlage festzustellen, die der Gesetzgeber eigentlich hat schützen wollen, heißt ähnlich verfahren wie ein Kritiker, der den Wert einer Imitation als solcher verficht, ohne das Original gesehen zu haben.

Die Annahme, daß die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium um deswillen mit der pfandrechtlichen Publizitätsvorschrift kollidiere und mithin nichtig sei, weil bei ihr in gleicher Weise wie beim Pfandrecht ohne Übergabe der Gläubiger durch den tatsächlichen Besitzstand des Schuldners über dessen Kreditfähigkeit getäuscht werden könnte, kann schon darum nicht zutreffend sein, weil das Gesetz selbst eine große Anzahl von Rechtsinstituten regelt, kraft deren der Eigentümer zur Überlassung des Besitzes an einen anderen verpflichtet ist, also geradezu Fälle sanktioniert, die den Gläubiger der gleichen Gefahr wie bei der Sicherungsübereignung aussetzen; man denke an die Miete, Leihe, Nießbrauch u. dgl. Wollte man demgegenüber einwenden, daß man bei diesen Rechtsverhältnissen meist aus der Natur der besessenen Sache und aus dem Verhalten des Besitzers zu ihr entnehmen könne, ob sie ihm zu dauerndem Eigentume gehöre oder sich nur zur vorübergehenden Nutzung in seinem Besitze befinde, so sei auf die Abzahlungsgeschäfte hingewiesen; hier sind es hauptsächlich Wirtschafts- und Haushaltungsgegenstände, die in Frage kommen, also Sachen, die geradezu, man möchte sagen, zu einem Rückschluß vom Besitz auf Eigentum herausfordern.[1]) Durch die Zu-

[1]) Wenn Gerbert (S. 42) behauptet, daß es bei den Abzahlungsgeschäften in der Regel Leute sind, die zwar wirtschaftlich schwach sind, aber durch eine besondere Erwerbstüchtigkeit Gewähr bieten, sich emporzuarbeiten, die auch ferner von weiteren

lassung dieser Abzahlungsgeschäfte beschwört der Gesetzgeber geradezu eine Gefahr für die Gläubigerschaft herauf; sie in einem anderen Falle vor der gleichen Gefahr zu schützen, sollte seine Absicht bei der Normierung des Pfandübergabeerfordernisses gewesen sein? Einer solchen Inkonsequenz werden wir das Gesetz nicht schuldig sprechen können. Und geht nicht allein schon aus dem Umstande, daß das Gesetz das constitutum possessorium bei der Übereignung beweglicher Sachen überhaupt zugelassen hat, in eklatanter Weise hervor, wie wenig ihm daran gelegen sein kann, die Gläubigerschaft durch die pfandrechtliche Publizitätsvorschrift vor der Gefahr eines Rückschlusses von Besitz auf Eigentum und somit von Besitz auf Kreditfähigkeit zu schützen? Sachen, von denen der Gläubiger weiß, daß sie dem Schuldner zu Eigentum gehörten, können in aller Stille aufgehört haben, Eigentum des Schuldners zu sein, vom

---

Schulden als den Kaufpreisschulden nicht gedrückt sind, so können wir uns zu dieser Ansicht nicht bekehren. Auch der Hinweis darauf, daß das Interesse Dritter bei den Abzahlungsgeschäften weniger gefährdet sei, weil der Abzahlungsverkäufer in dem Augenblicke, wo das Stadium des wirtschaftlichen Niederganges beim Schuldner eintritt, von seinem Rechte schleunigst Gebrauch machen werde, so daß ein etwa vom Schuldner um Kreditgewährung angegangener Dritter über dessen Vermögenslage nie im unklaren sein kann, ist nicht zutreffend; denn der Schuldner wird gerade, pochend auf die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände, sich Geld zur Abzahlung der fälligen Rate zu beschaffen suchen.

Eigentümer ist der Schuldner vielleicht zum Mieter oder Entleiher geworden, unmerklich hat sich dieser Übergang vollzogen. Den einzigen Akt, der diese Rechtsveränderung hätte nach außen hin in die Erscheinung treten lassen können, die Tradition und Retradition der übereigneten Sache, ihn hat das Gesetz ungeachtet aller Publizitätsrücksichten für durch stille, interne Parteivereinbarungen ersetzbar erklärt. Alle Angriffe auf die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium richten sich im Grunde gegen die Übereignung durch constitutum possessorium überhaupt; denn die Gläubigerschaft ist bei jener eher besser gestellt als bei dieser. Daß der Schuldner seine Sachen durch constitutum possessorium übereignet, das gestattet das Gesetz; dann aber, wenn er sich durch Nebenverträge noch die Möglichkeit offenhält, die Sachen sich und somit seiner Gläubigerschaft zurückzuerwerben, dann sollte die Übereignung unzulässig sein? Und ferner wenn das Gesetz durch die Publizitätsvorschrift des § 1205 BGB. das Publikum davor hätte schützen wollen, daß es durch den äußeren Schein des Besitzstandes des Schuldners über dessen Kreditwürdigkeit irregeleitet werde, würde es ihm nicht damit zugleich eine Berechtigung zu der Annahme geben, sich auch sonst auf den Besitzstand des Schuldners verlassen zu dürfen, so daß der beabsichtigte Schutz des Publikums geradezu zu einer Gefahr für dasselbe werden würde.

Sehen wir so, in welche Widersprüche sich das

Gesetz selbst verwickelt hätte, wenn es mit jener Publizitätsvorschrift Dritte vor einer aus dem schuldnerischen Besitzstand resultierenden Überschätzung der Kreditwürdigkeit desselben hätte schützen wollen, so sollte das die Überzeugung reifen lassen, daß man jene Schutzvorschrift eben hinsichtlich ihrer beabsichtigten Tragweite überschätzt, daß man die durch die Normierung des Übergabeerfordernisses geschützte Interessenlage verkannt hat.

Um diese Interessenlage in einwandfreier Weise feststellen zu können, müssen wir zuerst einmal zu explizieren suchen, worin denn überhaupt die Belastung einer Sache mit einem Pfandrechte, welche doch allein von jener Publizitätsvorschrift unmittelbar betroffen ist, ihrem Wesen nach besteht, und erst dann werden wir im Wege der Analogie den Kreis der mittelbar betroffenen Fälle determinieren können. Durch die Bestellung eines Pfandrechtes erhält der Gläubiger die Befugnis, sich im Falle ausbleibender oder nicht rechtzeitiger Zahlung der gesicherten Forderung für dieselbe Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstande zu verschaffen. Er hat die Sache zu diesem Zwecke in einem vorgeschriebenen Verkaufsverfahren zu versilbern und darf den Erlös zur Tilgung seiner Forderung verwenden. Während der Gläubiger beim bloßen Personalkredit stets mit der Gefahr rechnen muß, daß die von ihm bei der Kreditgewährung ins Auge gefaßten Vermögensstücke des Schuldners vor Eintritt der Fälligkeit und Vollstreck-

barkeit seiner Forderung anderweitig veräußert werden, ist dem Pfandgläubiger durch das Pfandrecht die Verwertung der Pfandsache für die Zwecke seiner Befriedigung gewährleistet. Die Verpfändung besteht also ihrem Wesen nach in der Festlegung des Tauschwertes einer dem Schuldner zu Eigentum verbleibenden Sache für die Befriedigung einer bestimmten Forderung. Gegen den Verbleib einer derartig „entwerteten", dennoch aber dem Schuldner eigentümlich gehörenden Sache in dessen Gewahrsam wendet sich die Publizitätsvorschrift des § 1205 BGB. Was also Dritten erkennbar gemacht werden soll, ist, daß bestimmte Vermögensstücke des Schuldners, wenngleich sein Eigen, dennoch für die Beurteilung seiner Kreditfähigkeit nicht mit veranschlagt werden dürfen, da sie ihrer Fähigkeit, Dritten als Tauschobjekt und somit als Kreditunterpfand zu dienen, entkleidet sind. Es soll also geschützt werden nicht der Gläubiger, der sich auf den äußeren Besitzstand des Schuldners, sondern der sich auf sein „Vermögen" als maßgebliche Unterlage für seine Kreditgewährung verläßt. Daß sich der Schuldner mit fremdem Hab und Gute schmücke, das kann ihm das Gesetz ebensowenig verwehren, wie daß er falschen Schein erweckend Simili für Diamanten trägt. Dem kreditgebenden Gläubiger ist es überlassen, zu prüfen: ob fremd, ob eigen. Dahin geht, wie wir gesehen haben, die ganze Tendenz des Gesetzes. Wenn dagegen der Schuldner all sein Besitztum auch sein Eigen nennen darf, formell sich sozu-

sagen als Eigentümer gültig legitimieren kann, gleichwohl aber dem Gläubiger mit seinem Besitz das erhoffte Unterpfand nicht zu bieten vermag, dann soll dieses Mißverhältnis durch die räumliche Beziehung, durch die Trennung von Herr und Gut zur Kenntnis gebracht werden. Wir begegnen uns hier mit Wevers,[1]) wenn er sagt: „Es soll dem Schuldner verboten sein, sich auf Gegenstände als ihm eigen zu berufen, die doch ihren Zweck, im Kreditverkehr als Unterpfand für gewährten Kredit zu dienen, nicht mehr erfüllen können. Gerade das ist die ratio legis, im öffentlichen Interesse die in der Gestaltung eines bloßen Vertragspfandes liegende Halbheit — mein und in meinem Besitz, aber doch nicht, wie man glauben sollte, Sicherungsobjekt meiner Gläubiger — zu vermeiden".

Die Ausdehnung der Publizitätsvorschrift des § 1205 BGB. über die Grenzen der unmittelbar von ihr betroffenen Pfandbestellung hinaus auch auf andere Fälle, bei denen der Sicherungszweck ebenfalls durch das Mittel eines Vermögensstückes verwirklicht wird, setzt mithin zweierlei voraus. Einerseits muß das betreffende Sicherungsobjekt bis zur Fälligkeit der Forderung im Eigentum des Schuldners verbleiben, andererseits muß es der freien Verfügung des Schuldners entrückt und somit seiner Eigenschaft, Tauschobjekt des freien Verkehrs, Exekutionsobjekt der Gläubigerschaft zu sein,

---

[1]) Wevers S. 22.

entkleidet werden. Die Vornahme einer Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium ist also immer dann unverfänglich, wenn sich der Schuldner gleichzeitig mit Abschluß des Vertrages seines Eigentums begibt. Zweifel können dagegen entstehen bezüglich der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung, da hier infolge der dinglichen Wirkung der Bedingung [1]) ebenfalls die Verwertung einer dem Schuldner zu Eigentum verbleibenden Sache der Gläubigerschaft entzogen wird.[2])

§ 5.

Haben wir so festgestellt, daß die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium einen Verstoß gegen das im öffentlichen Interesse dem Schuldner auferlegte Übergabeerfordernis der Pfandsache nicht enthält, so erhebt sich des weiteren die Frage, ob nicht die Sicherungsübereignung, gleichviel unter welcher Regelung des Besitzmomentes, mit dem im Schuldnerinteresse im § 1229 BGB. statuierten Verbote der sogen. lex commissoria kollidiert. Wir haben das Pfandrecht oben als dasjenige dingliche Recht definiert, durch welches dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt wird, sich gegebenen-

[1]) BGB. § 161.

[2]) Es erübrigt sich, des näheren hierauf einzugehen, da wir die suspensiv bedingte Sicherungsübereignung schon oben (S. 11) als eine für unseren Zweck untaugliche Geschäftsform abgelehnt haben.

falls aus dem verpfändeten Gegenstande im Wege des Verkaufs Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen. Beim Pfandrecht dient also das Pfandobjekt nur als Mittel zur Verwirklichung der Befriedigung, nicht aber als Befriedigungsmittel selbst. Mit anderen Worten: Das Pfandrecht gibt dem Gläubiger immer nur ein Recht auf Verwendung des im Wege öffentlichen Verkaufs zu erzielenden Erlöses für den Zweck seiner Befriedigung, vorbehaltlich des Rechts, bei der Versteigerung selbst als Käufer aufzutreten, falls ihm am Behalten der Sache gelegen ist; niemals gibt ihm aber das Pfandrecht eine unmittelbare Anwartschaft auf das Eigentum am Pfande. Das Pfandrecht enthält neben der Verwertungsbefugnis gleichzeitig eine Verwertungspflicht; diese letztere ist ein notwendiges Postulat des Pfandrechtsbegriffes. Wo keine Verwertungspflicht, da kein Pfandrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs! Vereinbaren die Parteien unter der Bezeichnung „Pfandbestellung“, daß dem Gläubiger im Falle nicht oder nicht pünktlich erfolgender Zahlung das Eigentum an dem „Pfande“ zufallen soll, so haben wir es nicht mit einer Verpfändung, sondern mit einem ganz anderen Rechtsinstitute, nämlich einer suspensiv bedingten Übereignung zu tun; denn der Gläubiger will hier gar nicht wie beim Pfandrecht die Erfüllung seiner Forderung sichern durch das Mittel des Sicherungsobjektes, sondern er will dieses Sicherungsobjekt selbst statt der Erfüllung.

Für die juristische Qualifizierung dieses Rechtsgeschäfts ist die von den Parteien gewählte Bezeichnung belanglos; die Subsumtion der Parteivereinbarung unter den zutreffenden juristischen Begriff ist Sache des Richters: da mihi factum, dabo tibi jus. Diese unter der Suspensivbedingung nicht pünktlicher Zahlung erfolgende Übereignung ist es nun, gegen welche sich die lex commissoria wendet. § 1229 BGB. bestimmt: „Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen ... soll, ist nichtig". Es wäre widersinnig, anzunehmen, daß in den Fällen, wo die Parteien zunächst eine Pfandbestellung vorgenommen, dieselbe aber nachträglich durch die Vereinbarung, daß dem Gläubiger das Eigentum an dem Pfande zufallen soll, in eine suspensiv bedingte Übereignung umgewandelt haben, daß in diesen Fällen die bedingte Übereignung nichtig, dann aber, wenn sie von den Parteien von vornherein als solche abgeschlossen ist, gültig sein sollte. Das würde auch praktisch zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Nehmen wir einmal an, der Schuldner A wolle seinem Gläubiger B ein Pfandrecht an seiner Uhr bestellen. Nachdem der übereinstimmend auf Pfandbestellung gerichtete Parteiwille z. B. durch mündliche Vereinbarungen seinen Ausdruck gefunden hat und somit das Pfandrecht, Übergabe vorausgesetzt, zur Entstehung gelangt ist, besinnen sich die Parteien eines

anderen und bestimmen im unmittelbaren Anschluß an die soeben getroffenen Pfandverabredungen, daß dem B die Uhr im Falle unpünktlicher Zahlung zu Eigentum verfallen solle. Ergebnis: nach § 1229 BGB. nichtig. Kommt den Parteien dagegen der Gedanke des Eigentumüberganges noch, bevor das Pfandrecht zur Entstehung gelangt, weil z. B. die Uhr noch nicht übergeben ist, dann sollte der Fall anders behandelt werden?

Die lex commissoria trifft unseres Erachtens jede unter der aufschiebenden Bedingung unpünktlicher Zahlung abgeschlossene Eigentumsübertragung.[1]) Es fragt sich nun, ob nicht das sogen. Verbot der lex commissoria auch auf die resolutiv bedingte Übereignung, ja vielleicht auch auf die Fälle Anwendung zu finden habe, wo der Gläubiger das Eigentum in unbedingter Form erhält und nur obligatorisch zur Rückübertragung desselben im Falle rechtzeitiger Erfüllung verpflichtet wird. Wir werden also die ratio legis, d. h. da wir es mit einer Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners zu tun haben, die Gefahr festzustellen haben, gegen welche der Gesetzgeber den Schuldner hat schützen wollen.

Aus dem Umstande, daß die Beifügung einer Be-

---

[1]) And. A. ist allerdings Luetgebrune (S. 35, 36): Das Verbot des Verfallvertrages will nicht schon jede durch Nichtzahlung bedingte Hingabe und Übereignung an Erfüllungsstatt als solche verbieten, sondern sie nur dann für nichtig erklären, wenn sie im Gefolge des Pfandrechts erscheint. — Eine Lösung des oben erörterten Widerspruches bleibt uns Luetgebrune aber schuldig.

dingung bei der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen grundsätzlich statthaft ist,[1]) geht hervor, daß das Gesetz in der Gefahr leichtsinniger Vermögensaufgabe keinen hinreichenden Grund zu der in dem Verbot der lex commissoria getroffenen Abwehrmaßregel gefunden haben kann; denn diese Gefahr ist bei der bedingten Übereignung stets gegeben, gleichviel welcher Natur die beigefügte Bedingung ist. Die jeder bedingten Vermögensaufgabe zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitsberechnung bezüglich der Möglichkeit des Eintritts des bestimmenden Ereignisses kann leicht den Charakter eines Glückspiels annehmen insofern, als die Hoffnung auf Eintritt des ersehnten oder Nichteintritt des gefürchteten Ereignisses zum bestimmenden Faktor werden kann, den Eigentümer zu einer unbilligen Vermögensleistung zu verleiten, zu der er sich in endgültiger Form nicht würde entschlossen haben. Auf das Verbot der sogen. lex commissoria ist insbesondere die aus der Kreditbedürftigkeit des Schuldners resultierende Gefahr einer Ausbeutung seiner Notlage durch den Gläubiger von bestimmendem Einfluß gewesen. Zu der Hoffnung, daß das ausschlaggebende Ereignis, die künftige Zahlungsunfähigkeit nicht eintreten werde, gesellt sich hier noch der Zwang, den die Verhältnisse auf die Entschlies-

[1]) Dies ergibt sich daraus, daß bei den Vorschriften über die Eigentumsübertragung beweglicher Sachen die Unzulässigkeit der Beifügung einer Bedingung nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Vgl. BGB. §§ 388 (Aufrechnung), 925 (Auflassung).

sungen des Schuldners ausüben. Es soll durch das Verbot dem Gläubiger die Möglichkeit genommen werden, den Schuldner unter dem Druck der Verhältnisse zu der Eingehung einer Verpflichtung zu bestimmen, die, wenn auch nicht der Tatbestand eines wucherlichen Geschäftes im Sinne des § 134 BGB. vorliegt, dennoch häufig eine unbillige Härte für den Schuldner enthalten kann. Das Pfandrecht soll den Gläubiger gegen die Gefahr schützen, daß Sachen des Schuldners, die er bei einer Kreditgewährung ins Auge gefaßt hat, ihm nicht als Exekutionsobjekte entzogen werden, es soll aber nicht zur Waffe werden, um unverdienten Vorteil zu erringen. Das vertragsmäßige Pfandrecht ist, obwohl vom juristischen Standpunkte aus auf freier Parteivereinbarung beruhend, dennoch infolge der Zwangslage, in der sich der Schuldner dem dingliche Sicherheit verlangenden, mit Nichtgewährung bezw. Aufkündigung des Kredit drohenden Gläubiger gegenüber befindet, tatsächlich eine „antizipierte Zwangsvollstreckung". Daher soll das Pfandrecht dem Gläubiger gewähren, was jene, wenn sie gegenwärtig betrieben würde, ihm bieten könnte, also nur ein Recht zum Verkauf der gepfändeten Gegenstände, nicht mehr und nicht weniger. Das ist die Bedeutung des Verbots der lex commissoria.[1])

[1]) Die Theorie, welche das Wesen der lex commissoria in einem dem Gläubiger zustehenden Wahlrecht erblickt, nämlich im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung entweder die Pfandsache sich anzueignen und die bereits gezahlten Raten zurückzubehalten,

Unter diesem Gesichtspunkte ist es u. E. gleichgültig, ob die Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung unpünktlicher oder unter der auflösenden Bedingung pünktlicher Zahlung oder auch bedingungslos unter einer entsprechenden Rückübereignungsverpflichtung erfolgt.

„Es ist kein Unterschied zu machen zwischen der suspensiv bedingten und resolutiv bedingten Sicherungsübereignung. Während die erstere die pfandrechtliche lex commissoria genau kopiert, fügt die letztere in der sofortigen Eigentumsübertragung lediglich einen fremden Bestandteil hinzu, welcher den Charakter des Geschäftes im ganzen nicht berührt und dasselbe deshalb dem Verbote der lex commissoria nicht zu entziehen vermag.“ [1]) Alle diese Formen der in ihrem endgültigen Bestande

---

oder aber auf das Eigentum am Pfande zu verzichten und den Rest der Forderung beizutreiben (vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 273 ff.; Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 226—255, 60—114; Herklotz S. 19; Seidler S. 51; Linckelmann sub Ziff. 3), können wir als für das moderne Recht veraltet bezeichnen; denn das BGB. läßt in seiner Ausdrucksweise keinen Zweifel darüber, daß die von dem Verbot betroffene Parteiabrede nicht in der Einräumung eines Wahlrechtes, sondern in der bedingten Übereignung besteht. Wir können daher Fischer nicht beistimmen, wenn er (S. 13) die singuläre Natur des Verbots der lex commissoria durch Hinweis darauf darzutun versucht, daß es nur dem Pfandgläubiger möglich sei, die Forderung teilweise beizutreiben und auf den Rest die weit wertvollere Sache zu behalten.

[1]) Leist S. 70.

von pünktlicher Zahlung abhängigen Übereignung stellen sich nun vom juristischen Standpunkte aus als Anwendungsfälle der datio in solutum dar. Getroffen wird also von dem Verbot der lex commissoria jede Hingabe an Erfüllungsstatt, welche in ihrer Wirkung von rechtzeitiger Zahlung der Schuld abhängig gemacht ist.

Wird dagegen den Übereignungsverträgen eine Abrede beigefügt, die den Gläubiger zum Verkauf des Sicherungsobjektes, zur Verrechnung des Erlöses auf seine Forderung und zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet, dann fallen diese Verträge nicht mehr unter das Verbot der lex commissoria, weil nicht mehr unter den Gesichtspunkt der datio in solutum fallend; denn deren Wesen besteht ja gerade darin, daß der Gläubiger statt der ursprünglichen Leistung eine andere annimmt, nicht aber daß er sich mittels der letzteren für die erstere befriedigt.

In den Fällen, wo der Sicherungsübereignung ein konkretes Schuldverhältnis zugrunde liegt, die Übereignung z. B. wie bei dem sogen. Sicherungskauf in Erfüllung eines Kaufvertrages erfolgt, bedarf es der Hinzufügung einer Verkaufsabrede für den Gläubiger natürlich nicht; denn erhält der Schuldner einen Gegenwert für seine Leistung, wenn auch nicht in bar, so doch in Gestalt einer Kaufpreisforderung gegen den Gläubiger, die dieser natürlich auch durch Aufrechnung tilgen kann, so kann das Verbot der lex commissoria nicht in Frage kommen.

§ 6.

Soweit die rohen Umrisse, in denen wir die von Huber und Kluge getätigte Übereignung bezüglich ihrer Konstruktion oben im § 2 verlassen haben, es gestatteten, haben wir deren objektiven Tatbestand in seinem Verhältnis zu den pfandrechtlichen Bestimmungen hiermit genügend klargestellt. Bevor wir jedoch den weiteren Ausbau in Angriff nehmen, glauben wir erst noch uns gegen einen anderen Einwand wenden zu müssen, mit dem man die Gültigkeit der von Huber und Kluge getätigten Übereignung der Hobelbank in Frage zu stellen versuchen könnte. Denn wen möchte nicht ein leises Mißtrauen in die Aufrichtigkeit der Parteiabsichten beschleichen, wenn er sieht, wie Huber und Kluge zwar einen auf Übereignung gerichteten Willen zum Ausdruck bringen, gleichwohl aber durch später beizufügende Abreden die gleichen Wirkungen zu erreichen sich bemühen, wie sie sich bei gültiger Bestellung eines Pfandrechtes an der Hobelbank für sie ergeben hätten? Und in der Tat hat man bei der Sicherungsübereignung aus den verschiedensten Momenten auf Simulation schließen zu können geglaubt, so z. B. aus dem Verbleib der Sachen beim Schuldner, aus der (beim Sicherungskauf) unterlassenen Vereinbarung und Zahlung eines Kaufpreises,[1]) aus der dem Gläubiger auf-

[1]) Sächs. Arch. Bd. 11 S. 486, 488 (Entsch. v. 2. 3. 1901).

erlegten Verpflichtung zur Herausgabe der Hyperocha,[1]) aus der Übernahme der Gefahr für die übereignete Sache durch den Schuldner,[2]) aus dem dem constitutum possessorium zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.[3])

In der Beurteilung der Sicherungsübereignung unter dem Gesichtspunkte der Simulation hat jedoch in neuerer Zeit ein Wandel stattgefunden. Früher hat man die Sicherungsübereignung mit dem Einwand der Simulation generell zu bekämpfen versucht, in der irrtümlichen Anschauung, aus dem objektiven Tatbestand dieser Sicherungsgeschäfte die Simulation herleiten zu können. Diese Auffassung krankt jedoch an einem logischen Fehler; denn bezeichnet man ein Rechtsgeschäft als simuliert, so gibt man hiermit implicite die Möglichkeit zu, daß jenes Geschäft unter Umständen auch ernstlich gewollt sein könne; bestände jene Möglichkeit nicht, so würden sich die Parteien wahrlich hüten, es zu simulieren, als wodurch sie doch gerade den Anschein erwecken wollen, ein als „ernstlich gewollt mögliches" Geschäft abgeschlossen zu haben. Wohl in Einsicht dessen hat man neuerdings die Frage nach der Simulation auf das rein tatsächliche Gebiet verweisen und die Entscheidung von Fall zu Fall treffen zu müssen geglaubt. „Die Frage, ob ein Scheingeschäft vorliegt,

[1]) Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 129 (Entsch. v. 10. 5. 1902); vgl. auch RGE. Bd. 59 S. 146 (Entsch. v. 8. 11. 1904).

[2]) Seufferts Arch. Bd. 58 N. 123 (Entsch. v. 23. 11. 1902).

[3]) Staudinger Bd. 3 § 930 Anm. 3.

stellt sich als eine nach den Einzelumständen des konkreten Falles zu beurteilende quaestio facti dar.[1]) Dieser Ansicht können wir nur unter gewissen Beschränkungen beistimmen. Zunächst sei bemerkt, daß es sich, will man sich einer korrekten Ausdrucksweise befleißigen, um einen Fall der Simulation überhaupt nicht handeln kann; denn die Parteien wollen doch, das ist gewiß, einen Rechtserfolg, eine Rechtsveränderung herbeiführen, während das Wesen der Simulation doch gerade darin besteht, daß die Parteien nur scheinbar eine auf Rechtsveränderung gerichtete Handlung vornehmen, der status quo bezüglich ihrer Rechtslage in Wirklichkeit aber gewahrt bleiben solle. In Frage kommen könnte vielmehr nur der Fall der Dissimulation. Hier geht die Absicht der Parteien in Wirklichkeit auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, nur wollen die Parteien, und zwar im bewußten gegenseitigen Einverständnis, einen anderen Erfolg als den, auf dessen Erreichung die äußeren Parteihandlungen gerichtet sind. Das Vorhandensein eines gegenseitigen Einverständnisses ist ein notwendiges Begriffsmerkmal der Dissimulation; hierdurch unterscheidet sie sich z. B. von der doppelseitigen übereinstimmenden Mentalreservation, wo sich die Parteien, jede für sich, insgeheim vorbehalten, etwas anderes als das Erklärte zu wollen, und dieser wirkliche, insgeheim vorbehaltene Wille bei beiden Parteien zufällig übereinstimmt. Bei der Dissimula-

[1]) Nathan S. 24 Anm. 19; vgl. auch Gerbert S. 32, 33.

tion dagegen besteht zwischen den Parteien ein stilles internes Übereinkommen, nämlich daß, indem das eine Rechtsgeschäft von ihnen äußerlich getätigt wird, hiermit ein anderes abgeschlossen sein soll. Daher kann, weil es an einem solchen gegenseitigen Einverständnisse bei der Sicherungsübereignung zwischen Huber und Kluge fehlt, hier von einer Dissimulation gar keine Rede sein.

Greifen wir zunächst einmal zu einem anderen Beispiele. Nehmen wir an, A wollte dem B seine goldene Uhr dedizieren. B will sich jedoch mit der bloßen Zusage des A nicht begnügen, und der letztere erklärt sich auch bereit, sein Schenkungsversprechen schriftlich abzugeben. Von B darüber belehrt, daß ein solches nur verbindlich sei, wenn es gerichtlich oder notariell abgefaßt werde, möchte er sich jedoch den hiermit verbundenen Unbequemlichkeiten nicht unterziehen. B macht ihm den Vorschlag, ihm die goldene Uhr für 1 Mk. zu verkaufen; denn da der Kaufvertrag auch formlos gültig sei, so könne er sich durch den Abschluß eines solchen rechtsgültig zur Übereignung der Uhr verpflichten. A geht darauf ein und schließt mit B einen Vertrag, laut dessen er ihm die goldene Uhr für 1 Mk. „verkauft". Die Frage, ob hier ein Fall der Dissimulation vorliegt, ist zu verneinen.[1]) Denn aus dem Umstande, daß sich B mit einem formlosen, nur moralisch verbindlichen

[1]) Wir haben es hier vielmehr mit einem Fall irrtümlicher Subsumtion zu tun; vgl. § 7.

Schenkungsversprechen des A nicht begnügen will, vielmehr auf den Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäfts drängt, erhellt, daß es ihm darum zu tun ist, sich gegen den anderen Vertragsteil einen klagbaren Titel auf Übereignung der Uhr zu verschaffen. Einen solchen vermag ihm unter den obliegenden Umständen nur ein Kaufvertrag zu bieten, und wenn er mit Rücksicht hierauf mit A einen Vertrag dahingehend abschließt, daß ihm dieser die goldene Uhr gegen ein Entgelt von 1 Mk. zu übereignen verpflichtet sei, so will er diesen offenkundig abgeschlossenen Vertrag so wirklich und aufrichtig, wie er überhaupt nur etwas wollen kann; denn auf ihn will er sich ja, falls es zum Prozesse mit der anderen Partei kommen sollte, berufen können. Wie kann hier von Dissimulation, und was Voraussetzung dessen wäre, von einem stillen Übereinkommen zwischen den Parteien die Rede sein, daß, indem der obige Vertrag äußerlich getätigt werde, ein anderer, also ein formloser Schenkungsvertrag abgeschlossen sein solle? Einerseits will sich B in dem getätigten Vertrag einen klagbaren Anspruch gegen den anderen Vertragsteil verschaffen, andererseits sei er mit diesem im stillen darüber einig, daß ein form- und damit klagloses Schenkungsversprechen abgegeben sein soll? Das wäre ein Nonsens im wahrsten Sinne des Wortes.

Es liegt doch auf der Hand, daß von einer Dissimulation immer nur dann die Rede sein kann, wenn die Parteien nach außen hin als „Komplicen“ auftreten, wenn

sie sich Dritten, sei es einzelnen oder der Allgemeinheit gegenüber, des äußerlich getätigten Geschäftes als eines „Trugbildes“ bedienen wollen. Dissimulation kann aber überall dort nicht in Frage kommen, wo die eine Partei der anderen in dem getätigten Geschäfte eine Handhabe (Schuldtitel) gegen sich selbst zu bieten beabsichtigt und die andere eine solche in ihm auch zu finden hofft. Steht dies fest, und dies ist der Fall allemal dann, wenn die eine Partei den durch jenen Vertrag vermeintlich erworbenen Schuldtitel gegen die andere klageweise geltend macht, dann hat die Frage nach der Dissimulation für den Richter auszuscheiden.

Aus dem Gesagten ergibt sich mit Bezug auf die Sicherungsübereignung, daß, sobald der Nachweis erbracht ist, daß der Gläubiger (Kluge) in der Übereignung sich wirklich ein Sicherungsmittel *gegen* den Schuldner (Huber) verschaffen will, der Einwand der Dissimulation hinfällig ist. Der Ansicht, welche die Frage nach der Dissimulation als eine nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheidende quaestio facti entschieden wissen will, können wir nur insofern beistimmen, als es allerdings von Fall zu Fall festzustellen ist, ob die Übereignung den Parteien nur als Trugmittel gegen Dritte oder als wirkliches der einen gegen die andere zustehendes Sicherungsmittel dienen soll. Ist dies jedoch der Fall, dann kann aus sonstigen Umständen des konkreten Falles, wie z. B. pfandrechtsähnlichen Nebenabreden, nicht mehr auf Dissimulation ge-

schlossen werden. Folglich wäre es, wenn der Gläubiger sein Recht aus der Übereignung gegen den Schuldner[1]) klageweise geltend macht, ein Denkfehler, wollte der Richter die Frage nach der Dissimulation aufwerfen.

§ 7.

Haben wir so festgestellt, daß die zwischen Huber und Kluge getätigte Übereignung, weil von ihnen als Sicherungsmittel ernstlich gewollt, gegen den Einwand der Dissimulation geschützt ist, wollen wir nunmehr die weitere Ausgestaltung derselben in Angriff nehmen.

Zwei Wege stehen uns hier (scheinbar) offen: der des sogen. „Sicherungskaufes“[2]) und der der sogen. „reinen“ oder „abstrakten“ Sicherungsübereignung.

---

[1]) Anders natürlich, wenn der Gläubiger sein Recht aus der Übereignung gelegentlich einer Exekutionsinterventionsklage gemäß § 771 ZPO. geltend macht.

[2]) Unter der Herrschaft des ALR., das, von dem Dogma des zur Übereignung notwendigen Zusammenwirkens eines titulus und modus acquirendi ausgehend, einen gesetzlichen Grund verlangte, vermöge dessen die äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigentum erworben werden kann (I, 9 § 2), hielt man die Sicherungsübereignung nur in der Form des Sicherungskaufes für zulässig. Dieser tritt gewöhnlich in Gestalt eines Kompensationskaufes auf Wiederkauf auf. Der Schuldner verkauft unter Vorbehalt eines Rückkaufsrechts bezw. unter Eingehung einer Rückkaufspflicht im Falle pünktlicher Zahlung das Sicherungsobjekt dem Gläubiger unter Aufrechnung des Kaufpreises gegen den Betrag

Da man der letzteren in Literatur[1]) und Praxis den Vorzug zu geben scheint, wollen wir zuerst einmal mit ihr unser Glück versuchen.

Wir würden die Parteien folgenden Vertrag schließen lassen: Huber übereignet dem Kluge die Hobelbank. Dieser ist verpflichtet, dieselbe bei pünktlicher Zahlung zurückzuübereignen,[2])[3]) im anderen Falle zu verkaufen[4])

---

seiner Schuld; die Übergabe wird durch Vereinbarung eines Miet- oder Leihverhältnisses ersetzt. Während die Rechtsprechung in dem Gebiete des gemeinen Rechts (numquam nuda traditio transfert dominium, nisi . . . iusta causa praecesserit) und in dem Gebiete des code civil (la propriété des biens se transmet et s'acquiert par l'effet des obligations) dem landrechtlichen Standpunkte entsprach, hat man seit Inkrafttreten des BGB. auch die sogen. abstrakte Sicherungsübereignung für rechtsgültig erklärt, da nach § 929 BGB. zur Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen neben der Übergabe nur die Einigung darüber notwendig sei, daß das Eigentum übergehen solle. Vgl. hierüber § 8.

[1]) vgl. Düringer, Leipziger Zeitschr. 1908 H. 2 S. 100; Hallbauer im Recht 1905 S. 663 Ziff. 2; vgl. dagegen aber Nathan S. 43 Anm. 4, S. 55 Anm. 17.

[2]) Die besondere Stipulierung einer solchen Rückübereignungsverpflichtung scheint bei der bedingten Übereignung vielfach für entbehrlich gehalten zu werden (vgl. Caspari S. 4; Becker S. 26). Mit Unrecht; denn würde z. B. der Eintritt der Bedingung (durch Erlaß, Nichtigkeit der Forderung) unmöglich, so wäre der Übereigner auf eine persönliche condictio sine causa angewiesen.

[3]) Wir können Luetgebrune nicht beistimmen, wenn er (S. 48) in Anlehnung an Eisele (S. 49) sagt: „Der Umstand, daß hier der ganze Willenskonsens der Parteien oft nur in den zwei Worten „zwecks Sicherung“ seinen Ausdruck findet, steht einer

und den Überschuß herauszugeben. Huber behält die Hobelbank zur Miete oder Leihe und übernimmt die Gefahr für dieselbe.

Die ausdrückliche Vereinbarung, daß der Schuldner — Mieter, Entleiher — die Gefahr für die Hobelbank zu übernehmen, also auch für deren zufälligen Untergang bezw. Verschlechterung einzustehen habe, erweist sich als eine zur Verwirklichung des Sicherungszweckes unentbehrliche Maßnahme.

Daß gerade die in unseren Vertrag aufgenommenen Abreden, daß nämlich der Gläubiger die Hobelbank zu verkaufen und die Hyperocha herauszugeben, der

---

obligatorischen Vertragsnatur dieser Vereinbarung nicht im Wege; auch beim Pfand und Nießbrauch findet der Willenskonsens auf diese Weise seinen völlig genügenden Ausdruck, um die obligatorischen Verpflichtungen des Nießbrauchers, Pfandgläubigers in dem gesetzlichen Umfange zu begründen". Luetgebrune beachtet hier nicht, daß in jenen Fällen Dispositivvorschriften bestehen, durch die die betreffenden obligatorischen Verpflichtungen des Pfandgläubigers bezw. Nießbrauchers festgelegt sind, ohne daß es einer Regelung derselben durch die Parteien bedarf.

[4]) Die Frage, ob der Verkauf nur öffentlich oder nach den speziellen Vorschriften des Pfandverkaufs (Androhung, öffentliche Bekanntmachung) stattzufinden habe oder auch „unter der Hand" vorgenommen, event. auch die Sache vom Gläubiger „übernommen" werden könne, ist streitig; vgl. Fischer S. 58, 59, nach dessen Ansicht der Gläubiger für die Verwertung bestimmte Formen nicht zu beobachten hat. Ebenso Jung S. 44, 45; Hallbauer, Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Bd. 2 S. 77; dagegen Luetgebrune S. 48; Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 14.

Schuldner entgegen dem Grundsatze „casum sentit dominus“ die Gefahr zu übernehmen habe, zu der Annahme einer Dissimulation Veranlassung gewesen sind, darauf haben wir bereits oben hingewiesen.[1])

Ist auch für uns die Frage nach dem Vorliegen einer Dissimulation endgültig im verneinenden Sinne entschieden, so können wir doch nicht leugnen, daß gerade jene Momente, die dem Dissimulationseinwand als Unterlage dienen, auch in uns gewisse, ja wir können sagen die schwerwiegendsten Bedenken bezüglich der Gültigkeit der Sicherungsübereignung wachrufen, nur daß wir sie unter einem anderen Gesichtspunkte verwerten. Was Verwirrung angerichtet hat, ist, daß man zwei völlig verschiedene Fragen miteinander vermengt hat. Die eine ist die: Ist der von den Parteien abgeschlossene Vertrag ein ein anderes (Pfandbestellung) verdeckendes Scheingeschäft oder ernstlich gewollt? Die zweite: Hat sich der Wille der Parteien, die eigentlich ein Pfandrecht bestellen wollten, in der Erwägung aber, daß sich der Begründung eines solchen ein Hindernis (Erfordernis der Übergabe) in den Weg stelle, einen anderen Vertrag (Übereignung) tätigten, auch wirklich dementsprechend modifiziert? Sind nicht die getroffenen Vereinbarungen, von den Parteien zwar aufrichtigerweise als Übereignung aufgefaßt, gleichwohl unter den Begriff der Pfandbestellung zu subsumieren und dessen

---

[1]) vgl. Luetgebrune S. 23–27.

Regeln zu unterwerfen? Dieser Fall ist mit der der Dissimulation keineswegs identisch. Bei dieser besteht zwischen dem wahren Willen und den kundgegebenen Vereinbarungen eine bewußte und gewollte Diskongruenz. Hier dagegen sind die Parteien bemüht, ihrem Willen einen adäquaten Ausdruck zu verleihen; die Kompliziertheit bezüglich der Konstruktion der Sicherungsübereignung, die Fülle der getroffenen Nebenabreden, und zwar vornehmlich jene, aus denen man auf Dissimulation schließen zu können glaubte, verraten die Ehrlichkeit und Mühseligkeit dieses Bestrebens der Parteien. Bei dem Fall der Dissimulation tritt Nichtigkeit ein auf Grund des subjektiven Tatbestandes, der Verdeckungsabsicht, hier dagegen, weil der objektive Tatbestand des Geschäfts, unter den zutreffenden Begriff (Pfandrecht) subsumiert, gegen das Gesetz verstößt.[1]) Bei der Dissimulation haben wir es mit einer „vorgespiegelten", hier dagegen mit einer „vermeintlichen" Übereignung zu tun. Haben wir die Frage nach dem Vorliegen der ersten verneint, so bleibt doch die Frage nach dem Vorliegen der zweiten noch offen.[2]) Mit dieser werden wir uns nunmehr zu beschäftigen haben.

---

[1]) Auf diesen Gesichtspunkt ist auch von Kriegsmann (S. 76) verwiesen.

[2]) Auch Luetgebrune (S. 19, 20) scheint diesen Unterschied zu verkennen; denn der Ausführung gegenüber, daß die Parteien auch ein Geschäft vornehmen könnten, das sie zwar als Übereignung bezeichneten, das aber seinem Inhalte nach nur

§ 8.

Nach § 929 BGB. ist zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen neben der Übergabe der Sache die Einigung zwischen Eigentümer und Erwerber darüber, daß das Eigentum auf diesen übergehen soll, erforderlich und ausreichend. Neben dem tatsächlichen Moment, der Regelung der Besitzfrage, genügt als rechtliches das Vorhandensein des animus dominii transferendi et acquirendi. Somit hat das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum allgem. Landrecht die Selbständigkeit des dinglichen Übereignungsvertrages, dessen Unabhängigkeit von dem zugrunde liegenden obligatorischen Vertrage zur Durchführung gebracht. Ist der Eigentums-

---

eine Pfandbestellung sein könnte, stellt Luetgebrune folgende (einer RGE. Bd. 62 S. 126—130 entnommene) Argumentation entgegen. „Wählen die Parteien eine Eigentumsübertragung zwecks Sicherung, weil sie sich der Unwirksamkeit einer ohne körperliche Übergabe vereinbarten Verpfändung bewußt sind, so ist nicht erfindlich, wie dessen ungeachtet ihr Wille hätte darauf gerichtet sein können, ein Pfandrecht trotz Fehlens jenes Erfordernisses zur Existenz zu bringen". Hiermit wendet sich aber Luetgebrune gerade gegen den Einwand der Simulation, um so mehr, als er fortfährt: „Man hat deswegen davon auszugehen, daß in solchen Fällen die Parteien keine Pfandbestellung, sondern stets eine Eigentumsübertragung haben tätigen wollen". Das ist ja gar nicht bestritten! Angezweifelt ist nur, ob nicht die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen vom rechtlichen Standpunkt aus, wenn auch von den Parteien als Übereignung aufgefaßt, sich gleichwohl als Pfandbestellung charakterisiert.

verschaffungs- und Erwerbswille wirklich vorhanden, dann vollzieht sich der Eigentumsübergang ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des unterliegenden Verpflichtungsgeschäftes. Stellt sich der obligatorische Vertrag, und nur er, als nichtig heraus, so ist der Verfügende auf einen Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung (BGB. §§ 812 ff.) beschränkt. Was also früher Grund für die Nichtigkeit der Übereignung war, ist heute nur noch Veranlassung, deren Folgen soweit wie möglich rückgängig zu machen.

Um nun in unserem Falle festzustellen, ob das Eigentum an der Hobelbank auf Kluge übergegangen ist, haben wir, da das Besitzmoment gemäß § 930 BGB. eine gültige Regelung gefunden hat, nur zu prüfen, ob der Wille, Eigentum zu erwerben und zu übertragen, auch wirklich vorhanden ist.

Übereignen bedeutet vom wirtschaftlichen Standpunkte aus, ein Vermögensstück aus seinem Vermögen in das eines anderen übergehen lassen. Der Übereignungswille ist also der auf eine derartige Vermögensverschiebung gerichtete Wille. Diese Vermögensverschiebung kann sich unter verschiedenen Voraussetzungen vollziehen, z. B. von Todes wegen, unter Lebenden, im letzteren Falle wieder entgeltlich oder unentgeltlich. Es erscheint nun recht und billig, bei der Regelung der sich aus einer solchen Vermögensverschiebung ergebenden Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen (z. B. bezüglich der Mängelhaftung) der Verschieden-

artigkeit jener Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Es widerspräche dem allgemeinen Billigkeitsgefühl, sollte derjenige, der unentgeltlich entäußert, von dem Empfänger z. B. für Fehler der Sache, für Mängel im Rechte im gleichen Umfange in Anspruch genommen werden können wie der, welcher ein Entgelt für seine Leistung beansprucht. Dem ist das Gesetz gerecht geworden und hat die Vermögensverschiebung je nach den Umständen (z. B. ob entgeltlich oder unentgeltlich), unter denen sich diese vollzieht, einer verschiedenen Regelung unterworfen und so die Rechtsbegriffe des Kaufs,[1]) Tauschs, Schenkung und der ihnen entsprechenden obligatorischen Verträge (Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag) herausgebildet. Das Gesetz sagt nicht allgemein: wer übereignet, der hat für die und die Sorgfalt einzustehen, für die und die Mängel zu haften, vielmehr unterstellt es den Fall der unentgeltlichen und entgeltlichen Entäußerung besonderen Regeln und bezeichnet den einen Fall als Schenkung, den andern als Kauf, Tausch usw.

Hieraus ergibt sich, daß wenn die Parteien eine Übereignung vornehmen, diese denknotwendig unter einen derartigen spezielleren Begriff fallen muß. Die Parteien liefern, ob sie wollen oder nicht, bewußt oder unbewußt, indem sie den Akt der Übereignung vornehmen, notgedrungen in den Umständen, unter denen

[1]) Unter „Kauf", „Tausch" wollen wir hier und künftig im Gegensatz zum „Kauf-, Tauschvertrag" das dingliche Vollzugsgeschäft verstehen.

sie ihn vollziehen, die für die Behandlung der Übereignung nach einem bestimmten Gesichtspunkte ausschlaggebenden Momente, die Essentialien eines konkreten Rechtsgeschäftes. Es ist nicht richtig, wenn Luetgebrune[1]) meint: „Der Übereignungswille ist veranlaßt durch eine Zweckvorstellung und tritt deshalb in Aktion, um diese Zweckvorstellung zu verwirklichen" und dann fortfährt: „Wer übereignet, will damit beispielsweise eine Verpflichtung erfüllen oder eine Schenkung machen usw." Dieses „Verpflichtung erfüllen" oder „Schenkung machen wollen" ist nicht, wie Luetgebrune meint, eine bei dem Übereignen obwaltende Zweckvorstellung, sondern das Übereignen selbst stellt sich vom juristischen Standpunkte aus, d. h. unter den zutreffenden Rechtsbegriff subsumiert, als Kauf, Tausch, Schenkung usw. dar. Bei Luetgebrune heißt es dann weiter: „So erscheint der Übereignungswille psychologisch auf das innigste verbunden mit der Zweckvorstellung, mit dieser steht und fällt er. In diesem Sinne ist der Zweckwille (nämlich der Wille, zu kaufen, schenken usw.) das Primäre, der Übereignungswille das Sekundäre. Dieser erscheint von jenem abhängig und selbständig sinnlos".

Luetgebrune will also die Tatsache, daß dort, wo ein Übereignungswille besteht, auch stets ein Kauf-, Tausch-, Schenkungswille vorhanden sein muß, durch ein

[1]) Luetgebrune S. 8.

psychologisches gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden erklären. Für ihn sind Kauf-, Tausch-, Schenkungswille einerseits, Übereignungswille andererseits zweierlei, nur bestehe zwischen ihnen eine so innige psychologische Gebundenheit, daß die Entstehung des Übereignungswillens durch das Vorhandensein eines Schenkungs-, Kaufswillens bedingt sei. Gewiß, Luetgebrune hat recht, wenn er sagt, daß die Übereignung nicht um ihrer selbst willen vorgenommen wird, vielmehr zweckbedingt sei. Der Fehlschluß besteht aber darin, daß Luetgebrune in dem Kaufen, Tauschen, Schenken usw. einen Zweck des Übereignens erblickt, während Schenken, Kaufen, Tauschen[1]) selbst die Übereignung sind, nämlich die Übereignung unter jeweils verschiedener juristischer Beleuchtung, subsumiert unter den zutreffenden Begriff. Der Kauf-, Tausch-, Schenkungswille ist nicht ein die Entstehung des Übereignungswillens bedingender Faktor, nicht ist dieser von dem ersteren als einem ihm immanenten Zwecke psychologisch abhängig, sondern logisch mit ihm identisch. Daß die Übereignung unter verschiedenen Bedingungen, wie z. B. in dem einen Falle entgeltlich, in einem anderen unentgeltlich erfolgt, ist, wie oben bemerkt, bestimmend dafür, daß sie dementsprechend verschiedenen Regeln unterstellt ist. Den Inbegriff

[1]) Immer in dem S. 55 Anm. 1 angegebenen Sinne.

dieser immer für einen besonderen Fall der Übereignung gegebenen Regeln bezeichnet man nun als das Institut des Kaufs, Tauschs, Schenkung usw. Diese bilden daher nicht den Zweck des Übereignens, vielmehr stellen sie den bezüglich der rechtlichen Behandlung des Übereignens maßgeblichen Gesichtspunkt dar.

Die juristische Charakterisierung der Übereignung ist natürlich Sache des Richters, wenigstens im modernen Rechte, gemäß dem Grundsatze: jura novit curia. Da mi factum, dabo tibi ius. Es genügt, wenn die Parteien den bloßen Willen, das Eigentum zu übertragen, übereinstimmend kundgeben, z. B. durch Redewendungen wie: Es sei dein Eigen! Es gehöre fortan dir! u. dgl. Hier ist dem Richter die juristische Qualifizierung der Übereignung von vornherein überlassen. Vielfach nehmen die Parteien die Subsumtion ihrer Übereignung unter den nach ihrer Ansicht passenden Begriff selbst vor. Sie sprechen von schenken, kaufen, tauschen usw. Dieser Fall wird sogar die Regel bilden. Der Richter ist hiermit natürlich der Prüfung nicht enthoben, ob nicht vielleicht die Parteien in jener Subsumtion fehlgegriffen haben. Hat bei dieser nur der gesunde Menschenverstand mitgesprochen, dann ist das im allgemeinen eine Gewähr dafür, daß sie richtig vorgenommen worden ist; dort aber, wo eine gewisse „Findigkeit“ anfängt, also — der gesunde Menschenverstand aufhört, da ist die Aufgabe dem Richter weit schwieriger gemacht und doppelt sei ihm Vorsicht geboten. Denken wir an unser früheres

Beispiel, an den Kaufvertrag über die Uhr. Hier glaubte die eine Partei dadurch, daß sie einen Betrag von 1 Mk. als „Entgelt“ für die Uhr ansetzte, den auf diese Weise abgeschlossenen Vertrag unter den Gesichtspunkt des Kaufs gebracht zu haben. Ein natürlich naives Unternehmen. Denn das Recht sieht nur auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg, und die Regeln derjenigen Form, in die sich die Anstrebung jenes wirtschaftlichen Erfolges zwanglos einfügt, die finden Anwendung. Wenn Herz[1]) ähnlichen Ausführungen gegenüber ausruft, auf diese Weise komme man schließlich dazu, den Parteien vorzuschreiben, was sie wollen dürfen und was nicht, also zu einer über das Gesetz hinausgehenden Einengung des subjektiven Rechtes, so ist zu erwidern, daß die Parteien darin, was sie wirtschaftlich wollen dürfen, unbeschränkte Freiheit genießen. In der Frage aber, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt dieser ihr Wille zu bringen ist, ruht das Zepter in der Hand des Rechts. In diesem Sinne diktiert allerdings das Recht, was man im jeweiligen Falle wollen darf, was nicht.

Kehren wir nun zu unserer Sicherungsübereignung zurück. In dem Vertrag zwischen Huber und Kluge ist lediglich von einer „Übereignung“ die Rede. Haben wir den Parteien vorhin als Anwalt selbst den Rat erteilt, ihre Übereignung nicht zu substantiieren, so werden wir nunmehr als prüfender Richter das Versäumte nachzuholen haben.

[1]) Herz S. 43.

Die Gesichtspunkte, unter denen das Gesetz die Übereignung betrachtet und dementsprechend verschieden behandelt wissen will, finden wir im Recht der Schuldverhältnisse (in den jenen Gesichtspunkten jeweils entsprechenden obligatorischen Verträgen) aufgeführt. Es sind dies Kauf, Tausch, Schenkung und datio in solutum.[1])

Der Tausch scheidet selbstverständlich aus. Läßt sich unsere Übereignung nun vielleicht unter den Gesichtspunkt des Kaufes bringen? Zweifelsohne nein; denn die maßgebende Voraussetzung, bei dessen Vorliegen das Gesetz eine Übereignung als Kauf behandelt wissen will, die der Entgeltlichkeit, daß also „Gut um Geld" gegeben wird, ist hier nicht erfüllt. Kluge bezahlt weder die Hobelbank in bar noch rechnet er mit der ihm zustehenden Darlehnsforderung auf. Kauf liegt also nicht vor.

Charakterisiert sich die Übereignung etwa als Schenkung? Das Bürgerliche Gesetzbuch[2]) definiert die Schenkung als eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert und bezüglich derer beide Teile darüber einig sind, daß sie unentgeltlich erfolgen soll. Zunächst, wird Kluge durch die Übereignung der Hobelbank aus dem Vermögen Hubers bereichert? Unstreitig; denn die Zuwendung macht, indem die Hobelbank aus dem Vermögen Hubers ausscheidet,

[1]) Die datio in solutum ist bezüglich der Mängelhaftung dem Kaufe gleichgestellt (§ 365).

[2]) § 516 BGB.

in dasjenige Kluges eintritt, jenen um diese ärmer, diesen reicher. Da die Parteien auch über den Punkt der Unentgeltlichkeit einig sind, so hätten wir es hier offenbar mit einer Schenkung zu tun.[1]) Die einzige Möglichkeit, die Sicherungsübereignung dem Gesichtspunkt der Schenkung zu entziehen, wäre, daß wir sie als datio in solutum auffaßten. Dies scheitert aber an der von den Parteien getroffenen Abrede, daß der Gläubiger (Kluge) die Sache zu verwerten und den Überschuß des Erlöses über den Betrag seiner Forderung herauszugeben habe; denn das Wesen der datio in solutum besteht ja gerade darin, daß der Gläubiger „aliud pro aliud", also Gut statt Geldes nimmt. Da wir die Beifügung jener Verkaufsabrede aber als notwendig erkannten, um die Sicherungsübereignung dem Verbot der lex commissoria zu entziehen,[2]) so ist hiermit die Möglichkeit, die Sicherungsübereignung als datio in solutum auszugestalten, abgeschnitten.

Es könnte also nur Schenkung in Frage kommen. Welche Konsequenzen würden sich daraus ergeben! Man denke nur an das Rückforderungsrecht des Schenkers im Falle der Verarmung,[3]) an das Widerrufsrecht[4]) wegen

---

[1]) Es sei bemerkt, daß im Falle freiwilliger Pfandbestellung oder Bürgschaftsübernahme Schenkung nicht vorliegt, da es an der Voraussetzung der Vermögensminderung fehlt.

[2]) vgl. oben S. 41.

[3]) BGB. § 528.

[4]) BGB. § 530.

groben Undanks, von denen weder das eine noch das andere durch vertragliche Vereinbarungen ausgeschlossen werden kann.[1]) Diese würden den von den Parteien angestrebten Zweck der Sicherung des Gläubigers völlig vereiteln. Es wäre nun ein Trugschluß, aus dieser Unvereinbarkeit der sich aus einer Schenkung ergebenden rechtlichen Konsequenzen mit dem Sicherungszwecke schließen zu wollen, daß die Parteien nicht haben schenken wollen, und daß mithin Schenkung nicht vorliege. Begehen wir jetzt nicht den Fehler, vor dem wir in unseren obigen Ausführungen haben ausdrücklich warnen wollen! Nicht ob die Parteien haben „schenken wollen" oder nicht, ist die Frage, ob sie „geschenkt haben", ob die von den Parteien getätigte Übereignung die Voraussetzungen aufweist, die das Gesetz als maßgeblich für deren Behandlung nach besonderen Regeln, deren Inbegriff man Schenkung nennt, befunden hat, darauf kommt es an. Das Gesetz sagt nicht: Wer durch eine unentgeltliche Übereignung schenken *will*, der hat ein Widerrufsrecht usw., vielmehr: Wer unentgeltlich übereignet, der *schenkt*, und das Widerrufsrecht usw. des Gebers knüpft sich als rechtliche Frage nicht an dessen Willen, zu schenken, sondern an den *objektiven* Tatbestand der unentgeltlichen Überführung eines Vermögensstückes aus seinem Vermögen in das eines anderen. Daher müssen wir wohl oder übel, falls *tatsächlich eine* (unentgeltliche)

[1]) BGB. §§ 529, 533.

Vermögensüberführung vorliegt, diese ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien, ob sie mit ihr eine Schenkung vornehmen wollten oder nicht, als Schenkung behandeln, also Huber ein Rückforderungs- und Widerrufsrecht gemäß §§ 528, 530 BGB. zubilligen. Ob der eine den andern eine Zuwendung aus seinem Vermögen machen will oder nicht, das ist Sache der Partei, ob sie schenken, kaufen, tauschen wollen, das festzustellen, ist Sache des Richters. Das ist nicht „eine Einengung des subjektiven Rechtes", sondern ein Gebot der Vernunft. Denn wollte man es den Parteien überlassen, den objektiven Tatbestand ihres Geschäftes selbst zu subsumieren unter den zutreffenden Rechtsbegriff, also zu bestimmen, ob sie „schenken", „kaufen" usw. wollen, so wäre das subjektive Recht einer schrankenlosen Willkür ausgeliefert. Dann gäbe es gewiß keine notariell beglaubigten Schenkungsversprechen mehr, sondern nur noch „Kaufverträge" oder vielmehr Karikaturen von solchen.

Wenn sich die Parteien gegen die aus einer unentgeltlichen Zuwendung resultierenden rechtlichen Konsequenzen als ihrem Zwecke der Sicherung widerstrebend sträuben, so ist das ein Beweis dafür, daß es den Parteien bei der Sicherungsübereignung überhaupt an dem Willen, Eigentum zu übertragen und erwerben, fehlt, und daß infolgedessen das Eigentum auch gar nicht übergegangen ist. Denn wenn die unentgeltliche Eigentumsübertragung auch zu Sicherungszwecken möglich

wäre, dann wahrlich wäre es nicht zu verstehen, wie das Gesetz bei der für den Gesichtspunkt der unentgeltlichen Übereignung maßgebenden Schenkung dem Übereigner unverzichtbare Rechte hätte zubilligen können, die die Verwendung der Übereignung für den Sicherungszweck gänzlich unmöglich machen!

Man könnte unseren Ausführungen entgegenhalten, es sei gar nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, mit der Normierung des Kaufs, Tauschs, Schenkung usw. erschöpfend die Gesichtspunkte anzugeben,[1]) unter die die Übereignung im jeweiligen Falle zu bringen und deren besonderen Regeln sie zu unterwerfen sei. Mithin sei es auch nicht notwendig, die Sicherungsübereignung einem dieser Gesichtspunkte zu unterstellen. Zum Beweise dessen könnte man auf die Fälle hinweisen, wo jemand, um eine Auflage zu erfüllen, eine unentgeltliche Zuwendung an einen Dritten vornimmt.[2]) Es ist hiergegen zu bedenken, daß das Gesetz die verschiedenen Fälle, in die es die Übereignung entsprechend ihren Voraussetzungen bezüglich der rechtlichen Regelung spezialisiert sehen will (nämlich Kauf, Tausch, Schenkung usw.), nicht unmittelbar regelt, sondern nur an der Hand der jenen Fällen entsprechenden Verpflichtungsgeschäfte (Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag). Bei der Über-

[1]) vgl. Fischer S. 10.

[2]) Über die Natur einer derartigen Zuwendung, darüber, ob sie nicht auch als Schenkung aufzufassen sei, soll hier nicht gestritten werden.

eignung, die in Erfüllung einer Auflage erfolgt, kann nun von einem entsprechenden Verpflichtungsgeschäft keine Rede sein. Anders aber bei der Sicherungsübereignung. Hier ist ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft ebensowohl möglich wie beim Kauf und der Schenkung. Daß sich jemand vertragsmäßig verpflichtet, eine Sicherungsübereignung vorzunehmen, dürfte im Verhältnis zu der Sicherungsübereignung selbst ebenso häufig vorkommen wie z. B. ein Schenkungsversprechen im Verhältnis zur Schenkung. Konsequenterweise hätte das Gesetz, wenn überhaupt es eine Übereignung zum Zwecke der Sicherung für möglich hält, den auf Übereignung lautenden Verträgen (Kauf, Tausch, Schenkung) als einen weiteren denjenigen angliedern müssen, der auf Übereignung zum Zwecke der Sicherung lautet. Nach welchem Gesichtspunkte will man denn einen solchen obligatorischen Vertrag beurteilen? Wie steht es mit der Mängelhaftung? Wie mit der Begründungsform? Über all diese Punkte soll das Gesetz bei Kauf und Schenkung bindenden Aufschluß zu geben für nötig befunden, bei der Sicherungsübereignung aber für überflüssig erachtet haben! Gerade bezüglich der Form wäre wohl anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es eine Sicherungsübereignung für möglich gehalten hätte, den ihr entsprechenden obligatorischen Vertrag gerichtlicher oder notarieller Beurkundung unterworfen hätte. Verpflichtet sich jemand zu einer unentgeltlichen Übereignung schlechthin, dann bedarf das dahin lautende Schenkungs-

versprechen notarieller Beurkundung gemäß § 518 BGB. Wenn sich jemand zu einer ebenfalls unentgeltlichen Übereignung, jedoch zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers verpflichtet, dann sollte jene Formvorschrift nicht Anwendung zu finden haben? Die ratio legis ist, den Versprechenden vor einem übereilten Entschluß zu einer erst später zu bewirkenden Vermögensaufgabe zu schützen. Mit Hinweis darauf könnte man meinen, daß bei der Sicherungsübereignung der Versprechende nicht in gleicher Weise wie der Schenker des Schutzes bedürftig sei, weil bei jener anders als bei der Schenkung die Möglichkeit eines Rückerwerbes bestehe, die unter Verpflichtung gestellte Vermögenseinbuße dort nur eine eventuelle, hier dagegen eine endgültige sei. Darauf ist zu erwidern, daß das Gesetz, wenn überhaupt es den Versprechenden vor einem leichtsinnigen Entschlusse einer Vermögensaufgabe schützen will, keinen Unterschied machen darf, ob jene Vermögensaufgabe sicher oder nur möglich, um nicht zu sagen wahrscheinlich ist. Im Gegenteil, gerade das Bestehen einer allzuhäufig trügerischen Hoffnung, das aufzugebende Gut später wieder zurückerwerben zu können, ist ein gewichtiges Moment, den Versprechenden bei der Sicherungsübereignung vor einem übereilten Entschluß mehr als bei der Schenkung schutzbedürftig erscheinen zu lassen. Der Einwand, daß bei der Sicherungsübereignung der Versprechende nur zu geben verspricht, was ihm, wenn er jenes Versprechen nicht abgeben wollte, der Gläubiger

im Wege der Zwangsvollstreckung sowieso nehmen würde, trifft nur die Fälle, wo der Versprechende, wie z. B. in unserem Falle der Tischler Huber, bereits Schuldner des Versprechensempfängers ist, erweist sich aber als nicht stichhaltig dort, wo der Versprechende den Gläubiger durch Eingehung der Verpflichtung erst zu einer Kreditgewährung, z. B. Hingabe eines Darlehens, geneigt machen will. Die Vermögenseinbuße bei der Schenkung ist, wenigstens in der Regel, ein Akt der Liberalität; bei der Sicherungsübereignung dagegen handelt es sich um des Versprechenden eigenes Wohl und Wehe. Wozu man sich leichterhin entschließen wird, darauf gibt ein wenig Lebenserfahrung die rechte Antwort,[1]) und das Gesetz hätte sich dem wohl kaum verschließen können. Jedenfalls weist es darin, daß es einen der Sicherungsübereignung entsprechenden Verpflichtungsvertrag (bezüglich Begründungsform, Mängelhaftung, Tragung der Gefahr) neben den Kauf-, Tausch-, Schenkungsverträgen nicht geregelt hat, eine nicht begreifliche Lücke auf, ein unleugbares Indiz dafür, daß es selbst eine Übereignung zu Sicherungszwecken als

---

[1]) Will man die sogen. abstrakte Sicherungsübereignung als denkbar möglich anerkennen, wie es heute in der Literatur fast durchgängig geschieht (vgl. aber Dreyer, Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 450; Wienstein, Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 244 ff.), so wäre die Frage nach einer analogen Anwendung der Formvorschrift des § 518 auf den der Sicherungsübereignung entsprechenden Verpflichtungsvertrag sehr wohl als diskutabel aufzuwerfen.

besondere juristische Denkform für unmöglich befunden hat.

Aber wir wollen uns hiermit nicht begnügen, vielmehr versuchen, jetzt die Probe auf das Exempel zu machen. Untersuchen wir selbst einmal, ob denn überhaupt bei den sogen. abstrakten Sicherungsübereignungen, wie eine solche zwischen Huber und Kluge vorgenommen wird, bei den Parteien der Wille, Eigentum zu übertragen und erwerben, auch wirklich vorhanden ist. Dem Einwand gegenüber, daß die Parteien doch zweifelsohne „übereignen wollten“ (was im Prozeß sie sicher bereit wären, zu beeiden), nehmen wir auf unsere obigen Ausführungen Bezug. Die Übereignung selbst ist wie ihre spezialisierten Erscheinungsformen (Kauf, Tausch, Schenkung) ein Rechtsbegriff, mithin liegt es überhaupt nicht im Machtbereiche der Parteien, maßgeblich zu bestimmen, ob sie „übereignen wollen“. Sie können nur die Tatbestandsmerkmale liefern (da mihi factum), diese können sie „wollen“, die Unterordnung unter den passenden Begriff ist, noch einmal sei es betont, dem Richter anheimgestellt und, wenn gleichwohl von den Parteien selbst vorgenommen, für ihn unverbindlich (dabo tibi ius).

Den wirtschaftlichen Erfolg nun, den das Gesetz unter den Gesichtspunkt der Übereignung gebracht wissen will, ist, wie oben bemerkt, der, daß jemand ein Vermögensstück aus seinem Vermögen in das eines anderen übergehen läßt. Ob nun ein Übereignungs-,

d. h. ein auf eine derartige Vermögensverschiebung gerichteter Wille vorliegt oder nicht, läßt sich, und zwar nur, aus dem Zwecke erkennen, den die Parteien verfolgen. Um bei ihnen einen Übereignungswillen als vorhanden annehmen zu können, muß der von ihnen erstrebte Zweck ein solcher sein, um deswillen eine Vermögensverschiebung im obengenannten Sinne überhaupt gewollt werden kann. Trifft nun dies bei dem Sicherungszwecke, daß sich nämlich der Gläubiger aus dem vermeintlich übereigneten Vermögensstück für eine ihm zustehende Geldforderung Befriedigung verschaffen solle, zu?

Wir definierten soeben den Übereignungswillen als den Willen, ein Vermögensstück aus seinem Vermögen austreten, in das eines anderen eintreten zu lassen, d. h. den anderen in die Rechtsbeziehung zu dem betreffenden Vermögensstück treten zu lassen, in der man sich selbst zu ihr befindet. Diese Rechtsbeziehung nun (Eigentum genannt) ist das begrifflich unbeschränkte (wenn auch praktisch beschränkbare) Recht der Herrschaft über eine Sache. Dieses Herrschaftsrecht geht inhaltlich auf in dem sogen. Nutzungsrecht (Besitz, Gebrauch, Fruchtziehung) und der Befugnis, über die Sache zu verfügen, die wir als Proprietätsrecht bezeichnen wollen. Wo also bei einer Vermögensverschiebung nicht begrifflich diese beiden Rechte auf den Empfänger übergehen, da handelt es sich nicht um Eigentumsübertragung, sondern um Bestellung

eines dinglichen Rechtes. Erhält der Empfänger z. B. nur das sogen. Nutzungsrecht ohne das Proprietätsrecht, so handelt es sich um Bestellung eines Nießbrauches, erhält er nur das Proprietätsrecht (auch dies nur mit der Beschränkung über die Sache zu einem bestimmten Zwecke, nämlich zwecks seiner Befriedigung zu verfügen) ohne das Nutzungsrecht, so handelt es sich um Bestellung eines Pfandrechtes. Und nun fragen wir uns, ob der Sicherungszweck ein derartiger ist, daß um seinetwillen sowohl Nutzungs- wie Proprietätsrecht übertragen werden kann. Offenbar nein. Um des Sicherungszweckes willen kann begrifflich nur die Einräumung eines beschränkten Verfügungsrechtes (Pfandrechtes), niemals aber auch die Einräumung des Nutzungsrechtes gewollt sein. Wenn Fischer[1]) ausführt: „es kann aber im Einzelfalle auch gewollt sein, daß der Gläubiger an der Sache mehr als ein Sicherungsobjekt, auch ein Gebrauchsgut habe, daß er ohne jeden Zusammenhang mit dem Sicherungszwecke die Sache auch solle gebrauchen dürfen. Es wäre hier neben der Sicherung noch ein anderer Rechtsgrund der Übereignung da", so ist uns das wie aus dem Herzen gesprochen. Wenn Fischer meint, es bedürfe noch eines besonderen Rechtsgrundes neben dem Sicherungszwecke, um die Sache zum Gebrauchsgut des anderen werden zu lassen, nun dann gibt er doch zu, daß die Sicherung

[1]) Fischer S. 47, vgl. auch S. 46.

des Gläubigers kein Zweck ist, um deswillen Eigentum, also Verfügungs- und Nutzungsrecht übertragen werden könnte. Aber nicht allein die Übertragung des Nutzungsrechtes ist dem Sicherungszwecke disparat, auch die unbeschränkte Einräumung des Proprietätsrechtes läßt sich begrifflich nicht mit ihm vereinen. Um des Sicherungszweckes willen ist, wie oben bemerkt, nur die Einräumung eines beschränkten, durch den Zweck gebundenen Verfügungsrechtes (das ist dann eben Pfandrechtes) möglich. Demgegenüber verfängt es nicht, wenn Fischer[1]) sagt: „Daß er (der Gläubiger) nach dem Parteiwillen von dem Eigentum nicht im vollen Umfange Gebrauch machen darf, steht nicht im geringsten im Widerspruche dazu, daß er gleichwohl dieses Eigentum haben soll. Soweit sich die Bindung darauf bezieht, daß er über die Sache nicht frei verfügen darf, liegt ein Schuldverhältnis der durch § 137 Satz 2 BGB. gebilligten Art vor, also ein geradezu vom Gesetz normiertes Rechtsverhältnis, wonach das Recht, nämlich das Eigentum als sein Recht, vorausgesetzt wird. Und die Bindung, seine Sache, weil sie dem Übereigner gebührt (!), sorgfältig zu behandeln, ist auch etwas rechtlich ganz Normales. Sie kommt vor beim Verkäufer, beim Einkaufskommissionär u. dgl.“ Gewiß, der Umstand, daß der Gläubiger über die Sache auf Grund vertraglicher Vereinbarungen nicht verfügen

[1]) Fischer S. 10.

darf, steht dem, daß er dennoch das Eigentum an der Sache hat, nicht entgegen (das Eigentum ist praktisch beschränkbar). Worauf es aber ankommt, um Eigentum als vorliegend annehmen zu können, ist, ob der Gläubiger auf Grund der Rechtsbeziehung, in die ihn der Schuldner des Sicherungszweckes willen zur Sache hat eintreten lassen, begrifflich über dieselbe verfügen kann (das Eigentum ist begrifflich unbeschränkt), und das ist, wie wir oben gesehen haben, zu verneinen. Wenn der Schuldner mit dem Gläubiger eine Abrede trifft, daß er ihm die Sache zur Leihe bezw. Miete zu überlassen habe und anderweitig über die Sache nicht verfügen dürfe, so beschränken die Parteien hierdurch nicht das begrifflich unbeschränkte Herrschaftsrecht des Gläubigers über die Sache (also sein Eigentum), vielmehr suchen die Parteien der begrifflich vorhandenen, von ihnen empfundenen Beschränktheit des Herrschaftsrechtes des Gläubigers über die Sache, weil mit dem vermeintlichen Eigentume unvereinbar, durch die getroffenen Verabredungen (Miete, Veräußerungsverbot) äußerlich eine anderweite rechtliche Begründung zu verleihen.

Haben wir so zum zweiten Male festgestellt, daß Eigentum nicht übergegangen, weil nämlich ein Eigentumsverschaffungs- und Erwerbswille nicht vorhanden ist, so wollen wir zum dritten eine Stichprobe auf unser Ergebnis machen. Wenn nämlich unsere Behauptung, daß Eigentum nicht übergegangen ist, zutreffend sein soll,

dann kann auch das vom Gläubiger (Kluge) auf Grund seiner auf den Fall unpünktlicher Zahlung eingegangenen Rückübereignungsverpflichtung vorgenommene Rechtsgeschäft keine Eigentumsübertragung sein, wie die Parteien es fälschlich bezeichnen; denn eine Rückübereignung hätte zur Voraussetzung, daß das Eigentum an der Sache überhaupt auf den Gläubiger übergegangen ist. Auch bei dieser Rückübereignung hätten wir uns die Frage vorzuwerfen, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt wir sie zu bringen hätten. Auch hier liegen offenbar, während Kauf, Tausch, datio in solutum nicht in Frage kommen können, die für die Charakterisierung der Übereignung als Schenkung ausschlaggebenden Momente vor. Die Zuwendung ist eine unentgeltliche, das Vermögen Kluges wird ferner durch die Aufgabe des Eigentums an der Hobelbank ebenso geschmälert wie das Vermögen Hubers durch den Eigentumserwerb an derselben bereichert, drittens sind auch beide darüber einig, daß die Zuwendung unentgeltlich ist. Also sind die Voraussetzungen des § 516 BGB. erfüllt, und wir müßten auch hier, falls überhaupt Eigentumsübertragung vorliegt, Kluge ein Rückforderungs- und Widerrufsrecht zubilligen. Wenn man auch hier einwendet, die Parteien haben nicht „schenken wollen", so müssen wir, um nicht zu wiederholen, auf unsere obigen Ausführungen Bezug nehmen. Wer bestreitet, daß wir es hier, immer vorausgesetzt, daß überhaupt Eigentumsübertragung vorliegt, nicht mit einer Schenkung zu tun haben, der ist uns

Aufschluß darüber schuldig, unter welchen anderen rechtlichen Gesichtspunkt denn diese Übereignung fällt.

Als es sich um die Übereignung der Hobelbank von Huber auf Kluge handelte, da konnte man immer noch einwenden, die Übereignung erfolge um des Sicherungszweckes willen und der Sicherungszweck entziehe eben die Übereignung dem Gesichtspunkt der Schenkung. Hier dagegen versagt auch dieses Argument; hier verfolgen die Parteien mit der Übereignung keinen Zweck, von dem man behaupten könnte, daß er dieselben zu einem eigengearteten, neben Kauf, Tausch, Schenkung selbständig bestehenden Rechtsinstitute stempelt. Der Zweck, den Kluge mit der Rückübereignung verfolgen könnte, ist lediglich der, daß die Hobelbank aus seinem Vermögen aus- und in dasjenige Hubers eintrete. Da diese unentgeltlich erfolgen soll, so fiele sie unter den Gesichtspunkt der Schenkung; daran läßt sich nicht rühren und rütteln. Das dem unentgeltlich Zuwendenden vom Gesetz aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten zugesprochene Widerrufs- und Rückforderungsrecht wäre doch völlig illusorisch, wenn man den Parteien es überlassen wollte, zu bestimmen, ob sie schenken, d. h. ob sie die aus dem Tatbestand der unentgeltlichen Zuwendung resultierenden, unter der Bezeichnung „Schenkung" zusammengefaßten Rechtsfolgen wollten oder nicht.

Wollte man einwenden, daß Kluge die Übereignung vornehme zu dem „Zwecke", seine bei Abschluß der Sicherungsübereignung eingegangene Verpflichtung zu

erfüllen, und daß um dieses Zweckes willen die Eigentumsübertragung keine Schenkung sei, so ist erstens zu erwidern, daß wir es in dieser Verpflichtungserfüllung nicht mit einem „Zwecke“ [1]) zu tun haben, den Kluge mit der Eigentumsübertragung verfolgt, und ferner hieße es, wenn wir es wirklich in jener Verpflichtungserfüllung mit einem „Zwecke“ der Übereignung zu tun hätten, die Zweifel nicht beseitigen, vielmehr an einer anderen Stelle wieder aufwerfen; denn durch jene Abrede verpflichtet sich Kluge zu einer unentgeltlichen Zuwendung an Huber, so daß also jene Verpflichtung ihrerseits unter den Gesichtspunkt des Schenkungsversprechens fällt.

[1]) So bezeichnet man auch gemeinhin alle Verträge, durch die man sich zur Übereignung einer Sache verpflichtet, im Verhältnis zu dieser als „Zweckgeschäfte“, eine u. E. durchaus irrtümliche Bezeichnung, beruhend auf einer Verwechslung von „Grund“ und „Zweck“. Der Beweis ist leicht erbringlich. Daß beide, Grund und Zweck, nicht identisch sind, wird nicht bestritten. Da ich nun richtigerweise sagen darf: ich übereigne, weil ich auf Grund z. B. eines Kaufvertrags verpflichtet bin, so kann ich füglich nicht sagen: ich übereigne zu dem Zwecke, jene Verpflichtung zu erfüllen, was ja die Identität von Grund und Zweck zur logischen Voraussetzung hätte. Folglich kann das einer Übereignung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft als „Zweck“ zur rechtlichen Charakterisierung der Eigentumsübertragung niemals herangezogen werden. Nicht ist die Übereignung ihrem rechtlichen Gesichtspunkte nach von dem unterliegenden obligatorischen Geschäfte als ihrem „Zwecke“ abhängig, vielmehr dieses Verpflichtungsgeschäft von der in ihm in Aussicht genommenen Übereignung.

Folglich müssen alle diejenigen, welche den uns hier augenblicklich beschäftigenden Fall der sogen. abstrakten Sicherungsübereignung für möglich halten, also glauben, daß tatsächlich das Eigentum auf den Gläubiger um des Sicherungszweckes willen übergehen könne, und mithin auch die vom Gläubiger eingegangene Verpflichtung zur Rückübereignung als eine solche ansehen, um konsequent zu sein, diese Verpflichtung der Formvorschrift des § 518 BGB. unterwerfen. Jedenfalls geht daraus, daß die Parteien jene Formvorschrift auf die angebliche Gläubigerverpflichtung zur Rückübereignung nicht zur Anwendung bringen, und ferner daraus, daß sich auch hier ihr Gefühl gegen die aus der unentgeltlichen Zuwendung resultierenden Folgen (Rückforderung, Widerrufsrecht) sträubt, in offensichtlicher Weise hervor, daß sie das dem Gläubiger (Kluge) eingeräumte Herrschaftsrecht über die Sache von vornherein nicht als Eigentum gewollt und nur fälschlich als solches bezeichnet haben.

Vor allem gibt aber auch die Parteivereinbarung zu denken Anlaß, nach welcher der Gläubiger den Erlös der Sache zur Befriedigung seiner Forderung verwenden und den Überschuß an den Schuldner herausgeben solle. Wenn dem Gläubiger wirklich das Eigentum an der Sache zusteht, dann steht es ihm auch an deren Erlöse zu. Das Geld, das er durch den Verkauf seiner Hobelbank erhält, ist sein Geld. Und aus diesem seinem eigenen Gelde soll er sich befriedigen für fremde Schuld? Hier kommt doch in eklatanter Weise

zum Ausdruck, daß das Eigentum an der Sache von vornherein beim Schuldner verblieben ist und daß ihm mithin auch der an die Stelle der Sache tretende Erlös zu Eigentum gehört, und daß der Gläubiger nur ein Recht haben solle, dieses fremde Geld zur Tilgung seiner Forderung zu verwenden, daß er mit anderen Worten nur ein Pfandrecht haben solle.

Unser Ergebnis ist also: Die sogen. „abstrakte Sicherungsübereignung" ist als besondere juristische Denkform unmöglich, sie stellt sich vielmehr als eine von den Parteien fälschlich unter den Begriff der Übereignung subsumierte Pfandbestellung dar.

§ 9.

Haben wir den Parteien mit der sogen. abstrakten Sicherungsübereignung nicht helfen können, so bleibt uns nur noch der Weg des sogen. Sicherungskaufes übrig. Wenn Luetgebrune[1]) meint, daß der Sicherungskauf als eine zur Erreichung des Sicherungszweckes taugliche Geschäftsform nicht in Frage komme, da er, falls ernstlich gewollt, ein Erlöschen der Forderung bedinge,[2]) und ihn in Anlehnung an Hellwig[3]) in seiner Verquickung mit dem Sicherungszweck als eine contradictio in adiecto bezeichnet, so können wir ihm nicht beistimmen. Es ist

[1]) Luetgebrune S. 6.

[2]) Weshalb Luetgebrune den Namen „Befriedigungskauf" für ihn in Vorschlag bringt.

[3]) Hellwig S. 384.

sehr wohl möglich, den Sicherungskauf auch so zu gestalten, daß der Bestand der zu sichernden Forderung durch den Abschluß desselben nicht berührt wird, ohne daß darum der Kauf als simuliert betrachtet werden könnte. Wir würden z. B. Kluge und Huber folgenden Vertrag schließen lassen[1]):

> Huber verkauft dem Kluge die Hobelbank für 100 Mk. (entsprechend seiner Forderung) unter Stundung des Kaufpreises bis zur Fälligkeit der Schuld und unter Vorbehalt eines Rückkaufsrechtes im Falle pünktlicher Zahlung und behält dieselbe zur Leihe bezw. Miete.

Bezahlt Huber pünktlich, so übt er sein Rückkaufsrecht gemäß § 497 BGB. aus und rechnet die Kaufforderung Kluges mit seiner nunmehr ebenfalls fälligen Kaufpreisforderung auf. Bezahlt er nicht, so rechnet Kluge seinerseits die Kaufpreisforderung Hubers mit seiner Darlehnsforderung auf.

Wir verwirklichen also den Sicherungszweck dadurch, daß wir den Gläubiger seinerseits zum Schuldner seines Schuldners werden lassen und ihm so die Möglichkeit geben, sich durch eigene Handlung, nämlich Aufrechnung, Befriedigung zu verschaffen.

Einen Mangel weist diese Geschäftsform insofern auf, als der Gläubiger häufig gezwungen ist, eine Sache zu kaufen, für die er keine Verwendung hat und die er vielleicht auch nur zu einem geringeren Betrage als

[1]) vgl. auch Nathan S. 44.

dem seiner Darlehnsforderung wird verkaufen können. Um den Gläubiger vor einem derartigen Ausfall zu schützen, schlagen wir zum Schluß folgenden Modus vor:

> Huber verkauft die Hobelbank unter Vorbehalt eines Rückkaufsrechtes im Falle pünktlicher Zahlung und unter Stundung des Kaufpreises bis zur Fälligkeit seiner Schuld. Kluge verpflichtet sich, die Sache zum öffentlichen Verkauf zu bringen; die Höhe des in diesem Verkauf erzielten Kaufpreises soll auch für die Kaufpreisforderung Hubers gegen Kluge bestimmend sein.

Befanden wir oben S. 41 die Stipulierung einer Verkaufsabrede bei dem Sicherungskaufe für überflüssig, um denselben dem Verbot der lex commissoria zu entziehen, so ist doch die Beifügung einer solchen unbedenklich zulässig. Es wäre nicht einzusehen, warum sich nicht der Käufer einer Sache rechtsgültig sollte verpflichten können, die von ihm gekaufte Sache seinerseits weiterzuverkaufen.

Und daß der Kaufpreis, den Kluge für die Hobelbank an Huber zu entrichten hat, in seiner Höhe durch den erzielten Versteigerungserlös bestimmt werden solle, ist (vgl. § 317 BGB.) ebenfalls zulässig.

Würde in diesem Falle Huber nicht pünktlich zahlen,[1]) so würde Kluge die Hobelbank verkaufen

[1]) Zahlt er, so würden auch in diesem Falle Kaufs- und Rückkaufsforderung zur Aufrechnung gebracht werden.

müssen; erzielt er hierbei weniger, als seine Dahrlehnsforderung beträgt, z. B. nur 75 Mk., so würde er seine Darlehnsforderung gegen die nunmehr auf 75 Mk. festgestellte und fällige Kaufforderung Hubers zur Aufrechnung bringen, so daß ihm die restliche Darlehnsforderung in Höhe von 25 Mk. noch zur zwangsweisen Beitreibung überlassen bliebe. Erbringt dagegen der Verkauf mehr, als der Gläubiger auf Grund seiner Darlehnsforderung zu fordern berechtigt wäre, z. B. 125 Mk., so würde bei der Aufrechnung der Darlehnsforderung des Gläubigers mit der Kaufpreisforderung des Schuldners sich ein Plus von 25 Mk. zugunsten des letzteren ergeben. Im Erfolge erreichen wir also auf diese Weise das gleiche, wie wenn dem Schuldner ein Anspruch auf Herausgabe der Hyperocha zustünde.

Wir glauben durch diese Gestaltung des Sicherungskaufs eine Geschäftsform geschaffen zu haben, die dem beiderseitigen Interesse in bestmöglicher Weise gerecht wird. Was die Gesetzmäßigkeit des Sicherungskaufes, insbesondere was die Frage nach der Simulation betrifft, glauben wir das Notwendige gesagt zu haben und verweisen auf unsere obigen Ausführungen in den §§ 4, 5, 6.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.